كتاب
تقويم النظر
في مسائل خلافية ذائعة، ونبذ مذهبية نافعة

ويليه

كتاب المُنبر في الفرائض

تأليف

أبي شجاع محمد بن علي بن شعيب بن الدهان
المتوفى ٥٩٢ هـ

تحقيق

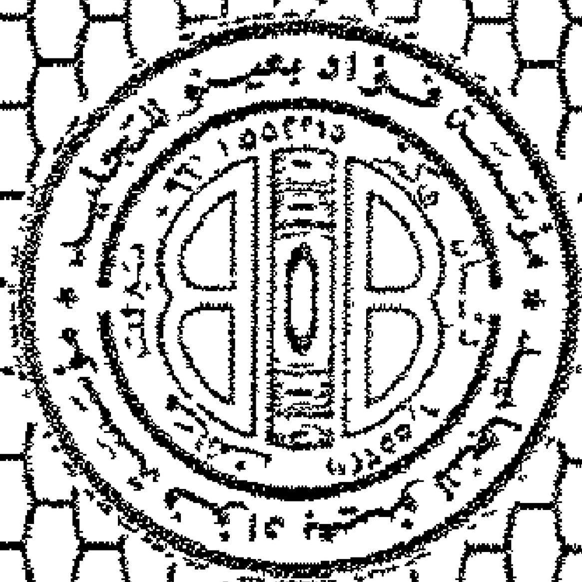
الشيخ الدكتور صالح بن ناصر بن صالح الخزيم
رحمه الله تعالى ١٣٥٣ - ١٤١٨ هـ
رئيس قسم الفقه
بفرع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالقصيم سابقًا

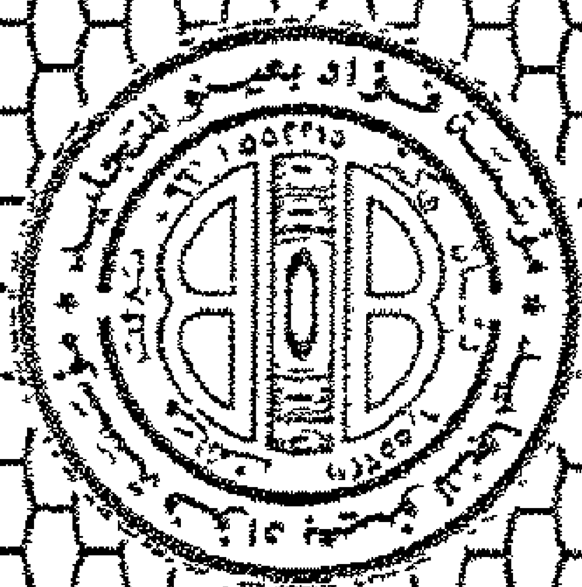
قدم له واعتنى به

د/ خالد بن علي بن محمد المشيقح
عضو هيئة التدريس بقسم الفقه بفرع جامعة الإمام
محمد بن سعود الإسلامية بالقصيم

القسم الثاني - الجزء الأول

مكتبة الرشد
الرياض





كتاب

تقويم النظر

بسم الله الرحمن الرحيم

الطبعة الأولى
١٤٢٢ هـ ـ ٢٠٠١م

كتاب
تقويم النظر
في مسائل خلافية ذائعة، ونبذ مذهبية نافعة

ويليه

كتاب المنبر في الفرائض

تأليف

أبي شجاع محمد بن علي بن شعيب بن الدهان

تحقيق

الشيخ الدكتور صالح بن ناصر بن صالح الخزيم
رحمه الله تعالى ١٣٥٣ - ١٤١٨هـ
رئيس قسم الفقه
بفرع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالقصيم سابقاً

قدم له واعتنى به

د/ خالد بن علي بن محمد المشيقح
عضو هيئة التدريس بقسم الفقه بفرع جامعة الإمام
محمد بن سعود الإسلامية بالقصيم

القسم الثاني - الجزء الأول

مكتبة الرشد
الرياض

مكتبة الرشد للنشر والتوزيع

* المملكة العربية السعودية ـ الرياض ـ طريق الحجاز



ص ب ١٧٥٢٢ الرياض ١١٤٩٤ هاتف ٤٥٩٣٤٥١ فاكس ٤٥٧٣٣٨١
E-MAIL: alrushd@suhuf.net.sa
www.alrushd.com

* فرع مكة المكرمة: ـ هاتف ٥٥٨٥٤٠١ ـ ٥٥٨٣٥٠٦
* فرع المدينة المنورة: ـ شارع أبي ذر الغفاري ـ هاتف ٨٣٤٠٦٠٠
* فرع القصيم بريدة طريق المدينة ـ هاتف ٣٢٤٢٢١٤
* فرع أبها: ـ شارع الملك فيصل هاتف ٢٣١٧٣٠٧
* فرع الدمام: ـ شارع ابن خلدون ـ هاتف ٨٢٨٢١٧٥

وكلاؤنا في الخارج

* الكويت: ـ مكتبة الرشد ـ حولي ـ هاتف: ٢٦١٢٣٤٧
* القاهرة: ـ مكتبة الرشد ـ مدينة نصر ـ هاتف: ٢٧٤٤٦٠٥
* بيروت: ـ الدار اللبنانية ـ شارع الجاموس ـ هاتف: ٠٠٩٦١١٣٨٤٢٣٤٥٧
* عمان: الأردن - دار النبلاء - هاتف: ٥٣٣٢٦٥٨

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على المعلم الأول، والسراج المنير نبينا محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد، أخي القارئ الكريم، ها أنا أزف إليك تتمة «كتاب تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة، تأليف أبي شجاع محمد بن علي بن شعيب بن الدهان»، ويشتمل على ما يأتي:

١ ـ فقه الأنكحة والجنايات.

٢ ـ جدول في التواريخ للمؤلف مثبت في كل صور المخطوط بلفظ يتلوه جدول في التواريخ.

٣ ـ المنبر في الفرائض، وهو كتاب صغير وجدته مع نسخة: «ب» من المخطوطة، نسبه له كثير من المترجمين كما ستجده إن شاء الله في هامش مقدمة هذا المنبر، وهو موجود أيضًا في مقدمة كتاب: «تقويم النظر» ودراسته في الجزء الأول من التحقيق السابق، «فقه العبادات والمعاملات».

وقد حاولت جاهدًا قدر المستطاع تحقيق نصوصه وتوثيق مسائله، وعزو آياته إلى سورها، وتخريج أحاديثه وشرح غريبه، وترجمة أعلامه وعزو شواهده الشعرية.

أخي القارئ العزيز، هناك بعض الأمور أحتاج إلى التنبيه عليها، ومنها:

١ ـ لاحظت أن ما عبثت به الفراغات الموجودة في نسخة «أ» من

المخطوطة بخطوط مغايرة للأصل من العبارات الفقهية أغلبها، بل كلها منقولة من الإفصاح لابن هبيرة بتصرف يسير أو بدون تصرف.

٢ ـ الأعلام الموجودة في: «جدول في التواريخ» ـ وعددها ثمانمائة ـ ترجمت لكل منها ترجمة قصيرة، إلا ما أعياني الحصول عليه فرمزت له بعبارة: «لم أعثر له على ترجمة».

٣ ـ وضعت كلمة: «الأسماء» في أول كل صفحة من صفحات الأعلام.

٤ ـ جعلت للأسماء رقمًا تسلسليًا يبدأ من ١، وينتهي بـ ٨٠٠.

٥ ـ كتبت بجوار الحروف الأبجدية التي اصطحبها المؤلف في كل رحلته التأليفية الأرقام المعروفة والمتداولة التي سماها ابن الدهان «الهندية».

٦ ـ رمزت بـ «م» للمطبعة.

٧ ـ رمزت بـ «ط» للطبعة.

٨ ـ رمزت بـ «ت» لتاريخ الوفاة.

٩ ـ رمزت بـ «د ـ ت» لدون تاريخ نشر.

١٠ ـ ذيلت الكتاب بفهارس عامة شملت ما يأتي:

١ ـ الآيات القرآنية.

٢ ـ الأحاديث والآثار.

٣ ـ الأشعار.

٤ ـ الألغاز.

٥ ـ الألفاظ اللغوية.

٦ ـ الأعلام.

٧ ـ المراجع والمصادر.

٨ ـ الموضوعات.

وقد تم بحمد الله ومعونته وحسن توفيقه هذا المخطوط وإخراجه كما ترى، فإن كان عملاً متقنًا وتحقيقًا موفقًا، فذلك من فضل الله وعظيم منّه، وكريم جوده وجميل لطفه، وإن اعتوره نقص أو وجد فيه خلل أو حصل فيه تقصير، فذلك من نفسي، وكل ابن آدم خطاء، وجل من لا يسهو.

أخي القارئ الكريم:

اقبل هديتي واقرأها لعلك تستفيد منها علمًا، وتغوص على مواطن النقص فيها لترشدني مشكوراً إليها لأتلافاها في هذا المحقق وما يتلوه من إنجاز علمي أتوق إليه وأرجو تحقيقه وإنجازه مستقبلاً. اللهم علمنا ما ينفعنا، وانفعنا بما علمتنا، وزدنا علمًا ينفعنا، ياذا الجلال والإكرام.

المحقق

* * *

الجزء الأول

كتاب النكاح

نماذج من المخطوط

كتاب النكاح

الدليل من المنقول

الدليل من المعقول

لنا

لهم

لنا

لهم

التكملة

الخرقا	مربعات ابن مسعود خمسة	مختصر زيد	تسمية زيد	الأخ المبارك
وتسمى المسبعة	ام واخت وجد	ام وجد واخوات	ان يكون ولد	اختان لأبوين وأم
وتسمى العثمانية	امرأة وام واخ وجد	للاب او للاب والام	الاب اخوين ولنا [illegible]	وأخ وأخت لأب
ام واخت وجد	زوج وام وجد	مع الجد ٥	مع الام او الجدة	لولا الأخ لسقطت
	بنت واخت وجد		مع الجد ٥	

الأخ المشؤوم
زوج وأخت لأب
وأم وأخت لأب
لولاه لورثت

18

والزيادة على صاحب المذهب في شرعية ازالها ونفيها الاقيسة لمناسبة للغنم وسوق الاحاديث معرضة عن
اي هو حركة اختيارية انتهى اليها ، لا لذة الشوق فقط لا يتمسك به لان لذة الشوق المتأمل لكن نقول اذا
فكان هذا الانقطاع لا فترا قسمان عن نفسه وهذا بيان ينافي الحكم والسبب الباعث على اثباته لي الخطاب

قال الحديث روى وشهد من الزهري فقال الزهري لا اعرفه فصار كشاهد الاصل اذا انكر شهادة الفرع ثم المراد
الحديث نكاح غير الكفو وما اشبه من اولي الفهم وترد بالمال او يستبد الولي متصور الحديث بجهة كما هي المسألة
الله هو محمول على الامة لا سيما من لم يطاوع وكذلك المكاتبة فانه المقال باذن وليها اتصل الولي القاطع
وجمع الزهري لا نرى فلعله نسي والدارقطني كتاب من روى ونسي وفرق بين الرواية والشهادة فانا نمنع
من راوي الفرع مع وجود راويها الاصل ولا يقبل شهادة الفرع مع امكان شاهد الاصل ثم قوله فنكاحها باطل
المفضي الى الملك وتاكيدا البطلان يدل على عدم الاجازة وعلى قولهم قد لا يبطل فان الولي قد يرضى والدليل ليل الخطاب
عندهم ليس بحجة فان قالوا المرأة يملك ذاتها فلها نقل منافعها بالاجارة فالجواب ... استثناء
النفس لا يتصور من المرأة والنكاح من عليها الزوج وما لا سبيل للاستقلال والولاية للمهر ولا سيما ...
اشهر ان الولي يتصرف نفسه وسوق الحاجب الى عيان والمرأة تملك ... لا نكاح والنكاح ...
عبارة مردوده ... ولا يصح والجواب اما ... النكاح بالولايات ...

قال اشهر من قوله عليه السلام البنت احق ... الولي فليس من ضرورة ... الجواب الكلام اذا خرج
مخرج ... الكلام ترجيح جانب البنت على الولي لمفهومه ترجيح جانب الولي على البكر فاذا ...
بل المنطوق عندكم على استقلال البنت بالتزويج كيف يدل المفهوم على استقلال الولي تزويج البكر
الجواب لرجحان النفع ... على استقلال البنت ... لا نكاح الا بولي وسبب النسا ...
البخاري انها كانت ثيبا ... اشارة الى عدم الكفارة ... لان ابن عم لام ... ان تعينها ...
تقدم على تعيين الولي ... الاولى الاتباع ... ان الاولى اتباع الولي ... الصبي ...
الذي تشتهيه ... المنع جيد في الجدل والجواب ... النكاح ...
اثبات لبقاء النوع وهو ... بالشهوة والولي يملكه في الصغير والكبير وعندهم هو ...
قادرة عليه ٥

البلد عندهما الصغر وعندنا الانوثة فاذا ترتب عليها ... قد حصل لها بالثيب نوع
راي ... المسألة ... ان النكاح ... في حق المرأة بالوضع لكونه ارفاقا وتمليكا
واستيلاء ... لا يحصل ... التي تتأدى بها ... والمستم ... ولهذا اذا ...
الولي من الحاجات ... دواعي الشهوة في المرأة ... عليها المعنى وكذلك لتحصيل الغرض
الكلي من بقاء النوع الانثي والغرض ان ... النكاح تامة والمرأة محل والولي يستقل
... الثيب ... ولم يمكن تحصيله قطعا وعندهم هي عاجزة للصغر ...
الولي ... ٥

الوقوع لحالة المذكورة كانت هي الحاضرة في الذهن فادة ... الباعث على التصيير ...
موجود واثبات معدوم فنقل الموجود كالبيع وليس المنقول ... لكن بالملك الموجود فيه لانا ...
الذي هو محل الملك الذي هو محل التصرف والنوع الثاني اثبات الملك ...

19

الاسما | الاسما | الاسما | الاسما | الاسما | الاسما

قد تقدم لنا ... من رموز التعبير ... وهذا الجدول ... تلك العلامات وما زاد عليها

واعلم ان علامة الخلاف ... وعلامة الوفاق ...

وعلى النسخة التي نسخت منها ما صورته
قوبل بحسب الامكان وكتبه محمد على الرمان في التاريخ وهو
الحمد لله والتاريخ النصف من شعبان سنة ٥٨٩

المنصف في مسائل النكاح اذا وجد جنبيًا لا يعدل عنه فالشافعي بنا معظم هذه المسائل على البحث
التأويل واعلم ان التمسك بالمفهوم بفعل المتكلم لا بقوله بيانه ان كل قول هو فعل بزيادة وصف
ذكر البنت دل على القضا والبكر قد اجتمعا في ذهنه ثم اقتطع البنت فقد فرق بينهما بعد اجتماعهما

[illegible]	[illegible]	[illegible]	كتاب [illegible]				[illegible]
			الدليل من المنقول		الدليل من المعقول		
أ	[illegible]	[illegible]					[illegible]
ب	[illegible]	[illegible]					[illegible]
ج	[illegible]	[illegible]					[illegible]

طلب باعث المتكلم على تخصيصه لتقابل الجانبين بالذكر بعد اجتماعهما في الذهن فان كان الغالب في
فالبنت الأم ويتفرع من مسألة النكاح بلا ولي ان تصرف المرأة صادف حقها لان التصرفات نوعان نقل
شرعي فيستدعي متصرفًا فيه شرعيًا لا حسيًا فالبيع ينقل الملك المشروع ومحل النقل هو المنقول والبدل للملك
هو الملك المثبت وكذلك النكاح اثبات الملك في المرأة وهذا الركن ثابتًا للمحتي ينتقل ٥

البرى اسماء النكاح
شاهد
[illegible]
الحمد لله
[illegible]
قبلت هذا النكاح ٥
قال الشافعي [illegible]
[illegible]

لوحة ٥٥ من المخطوطة أ:

المنصف في مسائل النكاح إذا وجد حديثًا لا يعدل عنه، فالشافعي بنى[1] معظم هذه المسائل على الحديث، والزيادة على صاحب المذهب في نصرته إفراط، ونعد الأقيسة لمعارضة الخصم وتبقى[2] الأحاديث مصونة عن التأويل. واعلم أن التمسك في المفهوم بفعل[3] المتكلم لا بقوله. بيانه أن كل قول هو فعل بزيادة وصف، أي: هو حركة اختيارية انضم إليها دلالة الصوت، فنحن لا نتمسك[4] بدلالة الصوت الخاص، لكن نقول: إذا ذكر الثيب[5] دل على أنها والبكر قد اجتمعتا[6] في ذهنه، ثم اقتطع البنت، فقد فرق بينهما بعد اجتماعهما، وكان هذا الاقتطاع لافتراقهما في غرضه[7]، وهذا بيان[8] ينافي الحكم، والسبب[9] الباعث على إثبات دليل الخطاب طلب باعث المتكلم[10] على تخصيصه أحد الجانبين بالذكر بعد اجتماعهما في الذهن، فإن كان الغالب في الوقوع الحالة المذكورة كانت هي الحاضرة في الذهن، فإن ذلك هو الباعث على التخصيص، ولم يلزم إثبات عكسه في القسم الآخر. ونمنع[11] في مسألة النكاح بلا ولي أن تصرف[12] المرأة

(١) في أ، ب: بنا.
(٢) في ب: ويبقى.
(٣) في أ: بفصل.
(٤) في ب: يتمسك.
(٥) في ب وجـ: البنت.
(٦) في ب: اجتمعا.
(٧) في أ: عرضه.
(٨) بيان: سقطت من أ.
(٩) في ب: وللسبب.
(١٠) في أ: المتكلمين.
(١١) في ب: ويمنع من.
(١٢) في أ: يصرف المرأة صارف.

صادف حقها؛ لأن التصرفات نوعان: نقل موجود وإثبات معدوم، فنقل الموجود كالبيع، وليس المنقول العبد، لكن الملك[١] الموجود فيه؛ لأن البيع تصرف شرعي فيستدعي متصرفًا فيه شرعيًا لا حسيًا، فالبيع ينقل الملك المشروع، ومحل النقل هو المنقول، والعبد محل الملك[٢] الذي هو محل التصرف.

والنوع الثاني: إثبات الملك بالاصطياد وأشباهه، ومحل الإثبات هو الملك المثبت، وكذلك النكاح إثبات الملك في المرأة[٣]، وهذا لم يكن ثابتًا لها حتى تنقله[٤].

واعلم أنه إذا أراد أن يتزوج امرأة، فله أن ينظر إلى ما ليس بعورة منها كالوجه[٥] والكفين، فإذا اشترى جارية جاز له النظر إلى جميع بدنها[٦]. إذا طلق في النكاح بلا ولي لم يقع طلاقه[٧]، قال أبو إسحاق[٨]: يقع احتياطًا[٧].

---

(١) في ب: بالملك.
(٢) في ب: والعبد محل الملك الذي هو محل الملك الذي هو محل التصرف.
(٣) في أ: المراد.
(٤) في ب: ينقله.
(٥) المحرر للرافعي ق/ ٨٩/ خ، والمهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ١١، وحلية العلماء ٦/ ٣١٨، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٨٩.
(٦) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ١١، ونصه: ويجوز لمن اشترى جارية أن ينظر إلى ما ليس بعورة منها للحاجة إلى معرفتها.
(٧) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٤٥، والمراد بأبي إسحاق المروزي، وحلية العلماء ٦/ ٣٢٥.
(٨) هو: أبو إسحاق المروزي: إبراهيم بن أحمد، كان إمامًا جليلاً، غواصًا على المعاني، ورعًا، زاهدًا، أخذ عن ابن سريج، وانتهت إليه رئاسة العلم ببغداد، وانتشر الفقه عن أصحابه في البلاد، ثم انتقل في آخر عمره إلى مصر، وجلس في مجلس الشافعي، خرج من مجلسه إلى البلاد سبعون إمامًا، وتوفي بمصر سنة أربعين وثلثمائة، شرح المختصر وصنف الأصول

إذا زوج الأب ابنتـــه[١] الكبيرة بغير إذنها، فلما بلغها ذكرت أن بينها وبين الزوج رضاعًا فالقول قولها مع يمينها[٢]، واعلم أن النكاح لا يقف على إجازة[٣] الزوجين ولا الولي[٤] وبه قال أحمد[٥]، خلافًا لمالك[٦]، وأبي حنيفة[٧]، ويجوز أن يلي[٨] الأخرس النكاح[٩]، وفي الأعمى وجهان[١٠] أصحهما الجواز؛ لأن مقاصد النكاح تعرف بالسماع والاستفاضة، إذا تزوج مسلم بكتابية جاز أن يكون وليها كتابيًا إن كان عدلاً في دينه[١١] خلافًا

= (طبقات الشافعية للأسنوي ٢/ ٣٧٥، ٣٧٦، وطبقات الفقهاء للشيرازي ص١١٢).

(١) في ب: بنته.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٦٠.

(٣) في ب وجـ: إجارة.

(٤) المهذب مع المجموع ١٥/ ٤٦، والإفصاح ٢/ ١١٤.

(٥) هداية أبي الخطاب ١/ ٢٤٩، وقـــال: على روايتين، والمغني ٦/ ٤٧٣، والإفصاح ٢/ ١١٤.

(٦) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٩٢، وقال: إن فيه روايتين، إحداهما أنه لا يصح جملة، وهو قول الشافعي، والأخرى أنه يجوز إذا علمت بقرب ذلك من غير تراخ شديد، وعند أبي حنيفة تجوز على كل وجه إذا توجه المنع. الإفصاح ٢/ ١١٤.

(٧) في أ: وأبو حنيفة يجوز.

(٨) في أ: على.

(٩) زوائد الكافي والمحـــرر على المقنع ٢/ ٢٩، والمغني ٦/ ٤٦٦، والمهـــذب مع التكملة ١٥/ ٥١، بشرط أن تكون إشارته مفهومة عند أحمد والشافعي.

(١٠) التنبيـــه ص ١٥٨، والمهـذب مع تكملة المطيـعي ١٥/ ٥٢، وحليـة العلمـاء ٦/ ٣٣٣، والمنهاج مع المغني ٣/ ١٤٤، ومغني ابن قدامة ٦/ ٤٦٦.

(١١) مغني المحتاج ٣/ ١٥٦، والتنبيه ص ١٥٨، والمهذب مع المجموع ١٥/ ٨٩.

لأحمد[١]، ولا يكون[٢] الشهود إلا مسلمين عدولاً[٣]، قال أبو حنيفة: ينعقد بكافرين[٤] قياساً على الولي، وإذا تزوج العبد بغير إذن سيده، فالنكاح فاسد[٥]، قال أبو حنيفة: هو موقوف على إجازة السيد بناءً على أصله في جواز إيقاف[٦] النكاح[٧]، قال مالك: ينعقد وليس للسيد[٨] فسخه، وإذا طلب[٩] العبد من السيد النكاح فهل يجب عليه (إنكاحه)[١٠].

أبو حنيفة ومالك؛ لأنه شخص يملك رقه فلم يجبر على إنكاحه كالأمة[١١]، وإذا اشتجر أولياء الحرة زوجها السلطان، بخلاف الأمة.

---

(١) المغني ٦/ ٤٧٣.

(٢) في ب: تكون.

(٣) التنبيه ص ١٥٩، والمغني ٦/ ٤٥١، والمهذب مع المجموع ١٥/ ٨٩.

(٤) الكتاب مع شرحه اللباب ٢/ ١٨٥، والهداية مع البناية ٤/ ٣٤، والمهذب مع المجموع ١٥/ ٨٩.

(٥) المغني ٦/ ٤٧٣، وقال: باطل في أصل الروايتين، وحلية العلماء ٦/ ٣١٧.

(٦) في ب: انعاق، وفي أ: اتفاق.

(٧) الاختيار لتعليل المختار معه ٣/ ١١٠، والهداية ١/ ٢٠٣.

(٨) في ب: السيد، وفي حلية العلماء ٦/ ٣١٧: وللمولى فسخه عليه، والتفريع ٢/ ٣٦: وللسيد فسخه، والمنتقى للباجي ٣/ ٣٣٨: وللسيد فسخه.

(٩) في حلية العلماء ٦/ ٣٦٣، ٣٦٤، ما نصه: «فإن طلب العبد من مولاه التزويج لم يجبر على إجابته في أصح القولين، وهو قول أبي حنيفة. والقول الثاني: أنه يجبر، وهو قول أحمد، فأما من نصفه حر ونصفه رقيق، فلا يملك إجباره على النكاح، وإن طلب منه التزويج بنى على القولين، وأما المكاتب، فلا يملك المولى إجباره على النكاح، وإن طلب من مولاه التزويج، وقلنا في القن يجبر فهاهنا أولى، وإن قلنا في القن لا يجبر فهاهنا وجهان.

(١٠) إنكاحه: سقطت من أ، وسقط بعدها سطر كامل، وفي التنبيه ص ١٥٧، فيه قولان أصحهما أنه لا يجبر، والإشراف ٢/ ٩٣.

(١١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٩٣.

كتاب النكاح[١]

المسألة السادسة عشرة بعد المائتين : المرأة هل تملك عقد النكاح ولاية أو نيابة أو استقلالاً؟ (ريو)[٢] :

المذهب : لا في الأطراف[٣] الثلاثة[٤] .

عندهم : نعم[٥] .

الدليل من المنقول :

لنا :

قال النبي عليه السلام[٦] : **«أيما امرأة أنكحت[٧] نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل[٨] ، فإن مسها ، فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»**[٩] ، أثبت الولاية عليها ، وأكد

(١) النكاح : الوطء ، وقيل للتزوج : نكاح مجازاً ، والنكاح : الضم أيضًا مجاز ، إلا أن هذا من باب تسمية المسبب باسم السبب ، المغرب ٢/ ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، مادة (نكح) .

(٢) في ب : أ ، وكذا في خاص أ .

(٣) الوجيز ٢/ ٥ .

(٤) في أ : الثلاث .

(٥) الكتاب مع اللباب ٢/ ١٨٩ ، والمختار مع الاختيار ٣/ ٩٠ ، والبناية مع الهداية ٤/ ١٠٨ .

(٦) قال النبي عليه السلام : ساقطة من أ ، ومثبتة في جـ .

(٧) في جـ : نكحت .

(٨) في أ : باطل ، وفي جـ : باطل باطل باطل كما أثبته .

(٩) الترمذي في جامعه بلفظ قريب منه عن عائشة ٣/ ٤٠٧ ، ٤٠٨ ، وقال : حديث حسن ، وأبو داود في سننه في النكاح ، باب في الولي ٢/ ٥٦٦ ـ ٥٦٨ ، وصحيح سنن ابن ماجه في باب لا نكاح إلا بولي ١/ ٣١٦ ، وقال : صحيح ، ومن أسقط باطل باطل .

البطلان بالتكرار، وعلق المهر على المسيس[١] لا على العقد، وسمى الزوج مستحلاً، وكانت عائشة تخطب وتعقد سواها[٢] .

لهم :

قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[٣]، وجه الدليل أنه أضاف النكاح إليها[٤] .

الدليل من المعقول :

لنا :

قدرة التزويج ولاية، فلا تثبت للمرأة كالقضاء والإمامة، ونعني بالولاية إثبات حكم لمصلحة يراها المثبت، فالتصرفات بين نائب[٥] يعقل النقل بالاستيفاء[٦] والإسقاط، ونقف على العقل والملك والرضا[٧] كالبيع، وآخر يشغل محلاً فارغًا كالصيد، وآخر يتعين فيه مصلحة الإثبات، فيحتاج إلى نظر كالنكاح والولي حقه المرعي ذلك ونفرض في غير الكفؤ[٨] .

لهم :

تصرفت في محض حقها وهي[٩] من أهل التصرف، فصح كما لو باعت

---

(١) في جـ: المساس.
(٢) مختصر المزني ص ١٦٦، ونصه: قال الشافعي رحمه الله: قال بعض الناس: زوجت عائشة ابنة عبد الرحمن بن أبي بكر وهو غائب بالشام، فقال عبد الرحمن: أمثلي يفتات عليه في بناته؟.
(٣) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.
(٤) البناية مع الهداية ٤/ ١١٢.
(٥) في جـ: ثابت.
(٦) في جـ: والاستيفاء
(٧) في أ وجـ: الرضي.
(٨) في جـ: اللغو.
(٩) في جـ: إذ هي.

مالها، ولاشك أن ملكها لنفسها آكد من ملكها لمالها، ثم لو أقرت بالنكاح صح والإقرار والإنشاء يتجاريان والنكاح حقها لعود مقاصده إليها فيعتبر له كمال عقلها كالخطاب ولا يقف[١] على نقصها الإضافي فيسقط[٢] عنها.

مالك: لا تزوج نفسها إن كانت جليلة[٣].

أحمد: ق[٤].

التكملة:

قالوا: الحديث رواه مسلم عن الزهري، فقال الزهري: لا أعرفه، فصار كشاهد الأصل إذا أنكر شهادة شاهد[٥] الفرع. ثم المراد بالحديث[٦] نكاح غير الكفؤ، وهو السابق إلى الفهم، وقوله: «باطل»: أي سيبطله[٧] الولي. ثم مقصود الحديث صحة نكاحها بإذن الولي وهو محمول على الأمة؛ لأنها هي التي لها ولي، وكذلك المكاتبة، فإنه لما قال: بإذن وليها اقتضى التي لها ولي، والجواب: رجوع الزهري لا يؤثر فلعله نسي، وللدارقطني كتاب فيمن[٨] روى[٩] ونسي، وفرق بين الرواية والشهادة، فإنا نسمع من راوي الفرع مع وجود راوي الأصل، ولا نقبل شهادة الفرع مع إمكان شاهد الأصل، ثم قوله: نكحت لم يخصص الكفؤ بل أطلق،

---

(١) في أ: تقف.

(٢) في جـ: ويسقط.

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٨٩، والقوانين الفقهية ص ١٣٣.

(٤) المغني ٦/ ٤٤٩.

(٥) شاهد: ساقطة من جـ وب.

(٦) في ب: الحديث.

(٧) في ب وجـ: يستبطله.

(٨) في ب وجـ: في من.

(٩) في جـ: يروى.

وتأكيد البطلان يدل على نجازه، وعلى قولهم قد لا يبطل، فإن الولي ربما رضي، ودليل[١] الخطاب عندهم ليس بحجة، فإن قالوا: المرأة تملك ذاتها فلها نقل منافعها كالإجارة، فالجواب: أن استيفاء منفعة البضع[٢] لا يتصور[٣] من المرأة، والنكاح حق عليها للزوج، وكلامنا في الاستقلال والولاية أظهر، وكلامهم في الوكالة أظهر، فإن الولي يستوفي نظره، وتبقى الحاجة إلى عبارة[٤]، والمرأة تملك ذلك[٥] في العقد إلا[٦] النكاح، والنكاح الحال عبارة من قبل[٧] نفسها فلا يصح.

والحرف[٨] أنا نلحق النكاح بالولايات ونسكت عن النساء، وهم ينحون

---

(١) في ب وجـ: رضي والدليل دليل الخطاب.

(٢) في جـ: الشفيع، وفي ب: التنفيع.

(٣) في أ: تتصور، وفي جـ: تصور.

(٤) في ب وجـ: عيان.

(٥) في أ: والعقد.

(٦) في ب وجـ: الإنكاح.

(٧) في ب وجـ: مومه.

(٨) في ب وجـ: والجواب.

هوامش هذه المسألة: ريو ٢١٦:

السر: من أسماء النكاح[١]، شاهد ذلك:

لقد زعمت نسابة الحي أنني ... كبرت وأن لا يشهد السر أمثالي[٢]

---

(١) لسان العرب ٢/ ١٣١، مادة سرر، قال: والسر: النكاح؛ لأنه يكتم، قال الله تعالى: ﴿وَلَكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة: ٢٣٥]، ومختصر المزني ص ١٧٠، وعزاه لامرئ القيس وسماها: بسباسة.

(٢) المهذب مع التكملة ١٥/ ١٤٤، وعزاه لامرئ القيس بلفظ:

ألا زعمت بسباسة الحي أنني ... كبرت وألا يحسن السر أمثالي

والمغني لابن قدامة ٦/ ٦٠٩.

به نحو التصرفات المالية.

يستحب[١] أن يأتي بالخطبة التي رواها ابن مسعود[٢] : الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهد الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾[٣]، ﴿اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾[٤]، ﴿اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَن يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾[٥].

ويستحب أن يقول في آخرها: والنكاح مما أمر الله به وندب إليه، وأما الخطبة التي تتخلل النكاح، فهي أن يقول الولي: بسم الله وصلى الله على رسول الله، أوصيكم بتقوى الله، زوّجتك فلانة، ويقول الزوج: قبلت ذلك إلا أنه يقول مع زوّجتك: قبلت هذا النكاح[٦]، قال الشافعي: واجب الولي أن

= الشافعي: يدرأ الحد في المتعة[١] للشبهة، ويعاقب عليها تعزيراً.
أولياؤها يزوجون جاريتها[٢].

(١) روضة الطالبين ٧/ ٣٤.
(٢) النسائي في سننه في النكاح، باب ما يستحب من الكلام عند النكاح ٦/ ٨٩.
(٣) سورة النساء، آية: ١.
(٤) سورة آل عمران، آية: ١٠٢.
(٥) سورة الأحزاب، الآيتان: ٧٠، ٧١.
(٦) روضة الطالبين ٧/ ٣٤، ٣٥، إلا أنه قال: واستحب الشافعي.

(١) المتعة في النكاح المنهي عنه سميت متعة لانتفاع المرأة بما يعطيها الرجل وانتفاعه منها بقضاء حاجته وشهوته. الزاهر ص ٣١٤.
(وانظر: روضة الطالبين ٧/ ٤٢، في أن الحد لا يقام في نكاح المتعة).
(٢) مغني المحتاج ٣/ ١٥٢، والفروع ٥/ ١٧٥.

يقول ما قال ابن عمر: أنكحتك على ما أمر الله من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان[١].

قال أبو داود: إن كانت بكراً زوجها الولي، وإن كانت ثيبًا زوجت نفسها[٢].

ابن جريج[٣] والإمامية يقولون بالمتعة[٤]، ورجع عنها ابن عباس، وصورتها: أن يتزوجها إلى مدة معلومة أو مجهولة، قال الشاعر:

أقول للشيخ لما طال محبسه ... يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس
يا صاح هل لك في بيضاء بهكنة ... تكون مثواك حتى مصدر الناس[٥]



(١) روضة الطالبين ٧/ ٣٤، ٣٥، إلا أنه قال: واستحب الشافعي.
(٢) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٨٩.
(٣) في ب: شريح.
(٤) المختصر النافع ص ٢٠٥-٢٠٧، وشرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٢/ ٣٠٣-٣٠٧، وتكملة المطيعي مع المهذب ١٥/ ١٤١، ونسبه لابن جريج وبعض الرافضة.
(٥) تكملة المطيعي مع المهذب ١٥/ ٣٨، ١٣٩.
والبهكن: الشاب الغض، وهي بهاء، وشباب بهكن غض، كما في القاموس ٤/ ٢٠٤، ونصب الراية ٣/ ٨١.



المسألة السابعة عشرة بعد المائتين: ريز[١] :

هل لكل واحد من الأب والجد إجبار البكر البالغة على النكاح؟ .

المذهب: نعم[٢] .

عندهم: لا[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قال النبي عليه السلام: «**الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها**»[٤] ، قسم النساء قسمين، وخصصهما بحكمين، فلما خصص البكر بالاكتفاء[٥] بالصمات انعكس في الثيب، فإذا خصص الثيب بأنها[٦] أحق ينبغي أن ينعكس في البكر .

لهم:

روي أن خنساء[٧] أخبرت النبي عليه السلام أن أباها زوجها وهي كارهة

---

(١) في ب وخاص أ = ب .

(٢) الوجيز ٢/ ٥، وروضة الطالبين ٧/ ٥٣، والتنبيه ص ١٥٨ .

(٣) المختار مع الاختيار ٣/ ٩٢، وتحفة الفقهاء ٢/ ١٥٢ .

(٤) مسلم في صحيحه في النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت ٢/ ١٠٣٧، عن ابن عباس. بلفظ: «**الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها سكوتها**».
والثيب من النساء: التي تزوجت وفارقت زوجها بأي وجه كان بعد أن مسها، كما في لسان العرب ١/ ٣٨٨ .

(٥) في جـ: بالاكتفى .

(٦) في أ: أنها .

(٧) هي خنساء بنت خدام الأنصارية، راوية من راويات الحديث، روت عن النبي ﷺ =

فخيرها[١]، وروي أن فتاة جاءت إلى عائشة رضي الله عنها وقالت: إن أبي زوجني من ابن عم لي أرفع به خسيسته، فحكت ذلك للنبي عليه السلام فرد نكاحها[٢].

الدليل من المعقول:

لنا:

الولاية مستمرة عليها بعد البلوغ، وليس في إجبارها تفويت رأي عليها، فجاز إجبارها؛ لأن سبب الولاية الأنوثة، والاستقلال بالتزويج يبتني على وجود[٣] الاستقلال في حق المزوج، والمسلط[٤] في الصغر كمال حال الأب لأن الأجنبي لا يزوجها مع صغرها، والمعنى أن النكاح إرفاق وحقه أن لا يشرع لولا الحاجة، فاحتاج إلى كمال[٥].

لهم:

بالغة عاقلة رشيدة فلا تجبر كالثيب[٦].

تأثيره: أن الثيوبة تدل على كمال الحال، والعلة الصغر؛ لكون النكاح

= ثمانية أحاديث وهي التي زوجها أبوها وهي بنت[١] فكرهت ذلك فأتت النبي ﷺ فرد نكاحها.
أعلام النساء ١/ ٣٥٩.

(١) البيهقي في سننه في النكاح، باب النكاح لا يقف على الإجارة ٧/ ١٢٣، عن خنساء بنت خدام، وفيه بدل «فخيرها» «فرد نكاحها»، والبيهقي ٧/ ١١٩.

(٢) البيهقي في سننه في النكاح، باب ما جاء في إنكاح الآباء الأبكار ٧/ ١١٨، وفيه: «فجعل أمرها إليها»، وإعلاء السنن ١١/ ٦٩، وعزاه للنسائي.

(٣) في جـ: ينبني على وجود علة الاستقلال.

(٤) من جـ: سقط «المسلط».

(٥) في جـ: «الكمال».

(٦) في جـ: كالبنت.

---

(١) في البيهقي «وهي ثيب» ٧/ ١٢٣، وكذلك في البخاري ٦/ ١٣٥.

مصلحة كما هو في حق الرجل، وعليه الولاية في حق الذكر الصغير ولا يطالب الولي ويجبره على النكاح، وإذا عينت كفؤًا يقدم على تعيين الولي، وإنما صار صماتها إذنًا لنص[١] معلل بالخفر[٢].

مالك: ق[٣].

أحمد: وافق، وأما[٤] الصغيرة، فإنها يجبرها الأب.

التكملة:

قالوا: مفهوم قوله عليه السلام: «**الثيب أحق**» أن البكر ليست أحق، أما كون الولي أحق، فليس من ضرورته، الجواب: الكلام إذا خرج جملة اعتبر جملة، ومعنى جميع الكلام ترجيح جانب الثيب[٥] على الولي، فمفهومه ترجيح جانب الولي على البكر، قالوا: إذا لم يدل المنطوق[٦] عندكم على استقلال الثيب بالتزويج كيف يدل المفهوم على استقلال الولي بتزويج البكر؟! الجواب: لعمرى أن اللفظ دل على استقلال الثيب[٥]، لكنا تركناه لقوله: «**لا نكاح إلا بولي**»[٧]، وخبر الخنساء روى البخاري[٨] أنها

---

(١) في جـ: لأن النص.

(٢) الخفر: الحياء، كما في مجمل اللغة ص ٢٩٧.

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٩٥، ٩٦، والقوانين الفقهية ص ١٣٣.

(٤) المغني ٦/ ٤٨٧، ٤٨٨، وقال في حق الأب: وأما البكر البالغة، فعن أحمد روايتان، وقال في الصغيرة: وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوصفها في كفاية فالنكاح ثابت، وإن كرهت كبيرة كانت أو صغيرة.

(٥) في ب وجـ: البنت.

(٦) في أ: المنظوم، وهو خطأ.

(٧) الدارقطني في سننه ٣/ ٢٢١، ٢٢٢، والبيهقي في سننه ٧/ ١٢٤.

(٨) البخاري في صحيحه، باب إذا زوج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود ٦/ ١٣٥، عن خنساء بنت خذام.

كانت ثيبًا، والخبر الآخر فيه إشارة إلى عدم الكفاءة ولعله كان ابن عم لأم.

ولا نسلم أن تعيينها الكفؤ يقدم على تعيين الولي، نعم، لا ننكر أن الأولى اتباع رأيها كما أن الأولى اتباع الولي، غرض[١] الصبي في جنس الطعام الذي يشتهيه، ولو اشترى له غيره جاز والمنع جيد في الجدل، والحرف[٢] أن مضرة النكاح في حقها احتملت لبقاء النوع وهون بالشهوة والولي يملكه في الصغر[٣] والكبر، وعندهم هو مصلحة وهي الآن قادرة عليه.

* * *

(١) في ب: عرض.
(٢) في ب وجـ: والجواب.
(٣) في ب وجـ: في الصغير والكبير.

هوامش مسألة ريز ٢١٧:

قال ابن الحداد: إذا قالت البالغة: زوجني أبي من[١] فلان وصدقها الزوج ثبت النكاح، وإن كذبها الأب؛ لأن الحق للزوجين والأب نائب[٢] فصار كما لو أقر الموكل أن وكيلي[٣] ابتاع كذا وكذلك إن اتفقا على أن النكاح كان بحضرة شاهدين وأنكر الشاهدان[٤].

الإمامية: تقدم[٥] ولاية الجد أبي الأب على الأب[٦].

* * *

(١) من ب: سقطت «من».
(٢) في ب: ثابت.
(٣) في ب: وكيله.
(٤) روضة الطالبين ٧/ ٥١، ٥٢، وحلية العلماء ٦/ ٣٤٠، وفيه: «البكر» بدل «البالغة».
(٥) في ب: يقدم.
(٦) العروة الوثقى ٢/ ٨٦٧.

المسألة الثامنة عشرة بعد المائتين : (ريح)[١] :

الثيب الصغيرة هل يجبرها الولي على النكاح؟ .

المذهب[٢] : لا . بل ينتظر بلوغها واستنطاقها .

عندهم : تجبر[٣] .

الدليل من المنقول :

لنا :

وجه الدليل من الخبر السابق[٤] بإثبات الأحقية وأدنى درجتها وجوب استئمارها ، وقد جاء مطلقًا : «**لا تنكح الثيب**[٥] **حتى تستأمر**»[٦] ، ومتى وقف الحكم على شرط فات بفواته .

لهم : . . .[٧] .

---

(١) في ب وخاص أ = ج .

(٢) التنبيه ص ١٥٧ ، ١٥٨ ، وروضة الطالبين ٧/ ٥٤ .

(٣) الكتاب مع اللباب ٢/ ١٩١ .

(٤) سبق في مسألة (٢١٧) «**الثيب أحق بنفسها من وليها . . .**» إلخ .

(٥) في جـ: البنت .

(٦) مسلم في صحيحه في النكاح : باب استئذان الثيب في النكاح ، والبكر بالسكوت ٢/ ١٠٣٦ ، بلفظ : «**لا تنكح الأيم حتى تستأمر**» ، والأيم هي الثيب . والبيهقي في سننه في النكاح ، باب إذن البكر الصمت ، وإذن الثيب الكلام ٧/ ١٢٢ بلفظ المخطوطة .

(٧) بياض في ب وجـ ، وبخط مغاير في أ ونصه :

يملك الأب إجبار الثيب الصغيرة من بناته عند أبي حنيفة ومالك رضي الله عنهما ، وقال الشافعي : ليس له ذلك حتى تبلغ وتأذن ، ولأصحاب أحمد روايتان[١] : أحدهما جواز الإجبار ، والأخرى منعه[٢] .

---

(١) في : «روايتين» ، والصواب ما أثبته .

(٢) روضة الطالبين ٧/ ٥٤ ، والكتاب مع اللباب ٢/ ١٩١ ، والقوانين الفقهية ص ١٣٣ ، ومغني ابن قدامة ٦/ ٤٩٢ ، والإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١١٣ .

الدليل من المعقول:

لنا:

ثيب فلا تزوج دون إذنها كالبالغة؛ لأن الثيوبة ممارسة تكسبها خبرة تميز بها بين رجل ورجل، فإذنها آكد في الألفة وإنما للولي زفافها[١] عند تكامل المصلحة في حال البكارة والمصلحة هاهنا في إذنها.

لهم:

صغيرة فزوجها أبوها كالبكر؛ لأن النكاح شرع لمصلحتها وما فيه من ملك عليها فهو وسيلة مصلحتها، وهي عاجزة فقام أبوها مقامها، ولا يختلف هذا بالبكارة والثيوبة كما في ولاية المال[٢].

مالك[٣]:

أحمد[٤]:

التكملة:

العلة[٥] عندهم الصغر، وعندنا الأنوثة، فإذا فوت[٦] عليها رأي لم يجز[٧]، وقد حصل لها بالثيوبة نوع رأي، وتقرر في هذه المسألة وأخواتها أن النكاح ضرر في حق المرأة بالوضع؛ لكونه إرقاقًا[٨] وتمليكًا واستفراشًا، وفيه

---

(١) في أ: زفاقها.

(٢) المسائل ريو، ريز، ريح، أدلتها المنقولة والمعقولة ومذهب مالك بياض في ب.

(٣) تجبر كما في القوانين الفقهية ص ١٣٣.

(٤) مغني ابن قدامة ٦/ ٤٩٢، وجعل فيها وجهين، أحدهما: المنع، وثانيهما: جواز ذلك لأبيها.

(٥) في ب: الغلة.

(٦) في ب وجـ: ثوب، وفي أ: قوت.

(٧) في ب: لم يجر.

(٨) في ب وجـ: إرفاقًا.

إذلال يجعلها مصب[١] فضلته التي يتأذى[٢] بها فهي والمستحم[٣] سواء، ولهذا إذا تعرى الوطء عن الحل كان عارًا غير أن دواعي الشهوة في المرأة يهون[٤] عليها المعنى وكل ذلك[٥] لتحصيل الغرض الكلي من بقاء النوع الإنسي[٦].

والحرف أن مصلحة النكاح عامة، والمرأة محله والولي يستقل[٧] به ومراجعة الثيب أقرب فشرطت، ولم يمكن تحصيله فلغا[٨]، وعندهم هي عاجزة للصغر فقام الولي مقامها.



(١) في ب وجـ: نصب.
(٢) في ب: يتأدى، وفي جـ: تتأدى.
(٣) في ب وجـ: المستجم.
(٤) في ب: تهون.
(٥) في ب وجـ: وكذلك
(٦) في ب: إلا بشيء.
(٧) في أ: يستحق به.
(٨) في ب وجـ: قطعًا.



المسألة التاسعة عشرة بعد المائتين : (ريط)[١] : المصابة بالفجور :

المذهب : واجب استنطاقها[٢] .

عندهم : يكفي صماتها[٣] .

الدليل من المنقول :

لنا :

ظاهر قوله عليه السلام : «**الثيب أحق**[٤] **بنفسها والبكر تستأمر**[٥] ، **وإذنها صماتها**»[٦] ، فالاكتفاء[٧] بالصمات خاصة للبكر ، وهذه ليست بكراً حقيقة ؛ لأنه لو[٨] أوصى للأبكار لم تدخل[٩] فيهن .

لهم :

لما قال النبي عليه السلام : «**البكر تستأمر**»، قالت عائشة : إنها تستحي، فقال : «**إذنها صماتها**» ، علل عليه السلام بالحياء[١٠] ، ويحسن

(١) في ب وخاص أ = د .
(٢) روضة الطالبين ٧/ ٥٤ ، وتخريج الفروع على الأصول ص ٢٦٩ .
(٣) تحفة الفقهاء ٢/ ١٥٤ ، وتخريج الفروع على الأصول ص ٢٦٩ .
(٤) في ب : الحق، وهو خطأ .
(٥) في ب : يستأمر .
(٦) تقدم تخريجه في مسألة (٢١٧) ريز .
(٧) في ب وجـ : والاكتفى .
(٨) لو : سقطت من ب .
(٩) في ب : يدخل .
(١٠) في ب : بالخيار .

التعليل به؛ لأنه عقلة على اللسان، والحياء موجود هاهنا، والفرض[١] في المكرهة أو فيمن خالطت[٢] مرة خفية وذلك لا يزيل الحياء بل يزيده.

الدليل من المعقول:

لنا:

ثابت بوقاع تام[٣]، فلا نكتفي بصماتها كالوطء[٤] الحلال، وذلك لاعتبار رضاها في التصرف في نفسها ناطقة يعتبر رضاها في العقد، فاشترط نطقها كالمنكوحة؛ لأن رضاها معتبر ويعلم بالنطق (فأما غير النطق)[٥] إن دلَّ فبقرينة[٦]، لا أنه وضع كذلك[٧].

لهم:

وجد علة الاكتفاء[٨] بالصمات فاكتفي[٩] كالبكر، والعلة تعذر الإذن، والصمات إذن، بدليل الحمامي والمضيف. والتحقيق: أن الإذن يحصل تارة بالعبارة وتارة بما يقوم مقامها.

مالك: لا يجوز نكاح الحامل من زنى[١٠].

---

(١) في ب: العرض.

(٢) في ب: خطب، وفي جـ: خاطب.

(٣) في أ: بأمر.

(٤) في كل النسخ كالوطى.

(٥) من ب: سقط ما بين القوسين.

(٦) في أ: ذلك، وهو خطأ.

(٧) في أ: لذلك.

(٨) في ب وجـ: والاكتفى.

(٩) في أ: فكفى.

(١٠) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٩٩، والقوانين الفقهية ص ١٣٣، وبداية المجتهد مع الهداية في تخريج أحاديث البداية ٦/ ٣٦٧، و«زنى» في ب: «زنية».

أحمد: وافق مالكًا[١] .

التكملة:

قالوا: المنقول حكاية حال الثيب بنكاح، فإنها تنطق غالبًا[٢] ، الجواب: مطلق كلام الشارع يحمل على شرع الأحكام وتخصيصه بالمنكوحة ؛ لأنها في[٣] الغالب تحتاج[٤] إلى دليل وإن[٥] التزمنا أن الرضا إنما يحصل بالنطق ألزمونا البكر.

والجواب: إن كان المزوج[٦] أبًا أو جدًا، فلا يراجعها ولا يشترط[٧] رضاها، فإنه مجبر[٨] ، وإن زوجها عم أو أخ اعتبر رضاها نطقًا ولا يكفي الصمت وبهذا المنع تستمر[٩] الطريقة، ونقول: هي قادرة على النطق لصحة آلته، والأصل اعتبار النطق، بدليل أن من قدر عليه لا يعدل عنه، إن ألزمونا كونها لا تسمى ثيبًا[١٠] في حق الرجم، فالجواب: أن الرجم خصص ببعض الثيب[١١] بدليل دل عليه، كما خصص بالحرة البالغة المسلمة أيضًا على أصلهم، كما أخرج[١٢] عنه المصابة بشبهة وهي ثيب، وبالجملة: الوقوف

(١) هداية أبي الخطاب ١/ ٢٥٣، والفروع ٥/ ٢٠٦، ومغني ابن قدامة ٦/ ٦٠١.
(٢) فإنها: سقطت من ب.
(٣) في: سقت من ب وجـ.
(٤) في ب : يحتاج.
(٥) في ب وجـ: ألزمنا.
(٦) في ب وجـ : الزوج
(٧) في ب : ولا يشرط برضاها.
(٨) في ب وجـ : مخير.
(٩) في ب : يستمر.
(١٠) في ب وجـ : بنتا.
(١١) في ب وجـ : البنت.
(١٢) في ب وجـ : وكما يخرج.

على الحياء وعدمه بالقرائن لا ينحصر، فوقفنا مع[1] الثيوبة التي علق الشرع الاستنطاق عليها.

* * *

(١) في ب وجـ: «على» بدل «مع».

هوامش هذه المسألة: ربط

الفرض فيمن زالت بكارتها بوطء أو شبهة أو زنى[1].

الحامل من زنى يجوز نكاحها، إلا أن المستحب ألا يتزوجها حتى تضع[2]، وإذا زنت الزوجة لم تحرم على الزوج[3].

أبو علي بن أبي هريرة: إن زالت بكارتها بطفرة اعتبر إذنها[4].

قال قتادة: إذا زنى بالمرأة لا يجوز أن يتزوجها إلا أن يتوبا[5].

تزعم العرب أن دويبة تسمى الحرقوص تثقب الأبكار، شاهده:

ما لقي البيض من الحرقوص   من مارد لص من اللصوص[6]

* * *

(١) روضة الطالبين ٧/ ٥٤.

(٢) حلية العلماء ٦/ ٣٧٨.

(٣) تكملة المطيعي ١٥/ ١١٣، والإشراف ٢/ ٩٩، ومغني ابن قدامة ٦/ ٦٠٣.

(٤) المهذب مع تكملة المطيعي للمجموع ١٥/ ٥٦، وهو وجه ولم ينسبه، و١٥/ ٦٠ أيضًا.

(٥) المغني لابن قدامة ٦/ ٦٠٢، وعزاه لقتادة وإسحاق وأبي عبيد، والمنح الشافيات ٢/ ٥٠١.

(٦) لسان العرب ١/ ٦١٤، وتاج العروس ٤/ ٣٧٩، وزاد:

يدخل تحت الغلق المرصوص   بمهر لا غال ولا رخيص

والصحاح مادة: (حرقص) ٣/ ١٠٣٢.

المسألة العشرون بعد المائتين: (رك)[١]: ولاية الفاسق النكاح:

المذهب: لا تصح[٢].

عندهم: ف[٣].

الدليل من المنقول:

لنا:

قال النبي عليه السلام: «**النكاح رق، فلينظر أحدكم أين**[٤] **يضع كريمته؟**»[٥].

أوجب النظر وذكر عليته، والفاسق قاصر عن النظر.

لهم: . . .[٦].

---

(١) في ب وخاص أ = هـ.

(٢) حلية العلماء ٦/ ٣٣٢، وروضة الطالبين ٧/ ٦٤، والوجيز ٢/ ٦، ومغني المحتاج ٣/ ١٥٥، والمهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٤٨، ٥٠.

(٣) الفتاوى الهندية ١/ ٢٨٤، وفتاوى قاضي خان ١/ ٣٥٦ معها.

(٤) في ب: أن.

(٥) رواه أبو عمر التوقاني في معاشرة الأهلين موقوفًا على عائشة وأسماء ابنتي أبي بكر كما في المغني عن حمل الأسفار ٢/ ٤١، والبيهقي في سننه الكبرى في النكاح، باب الترغيب في التزويج من ذي الدين والخلق المرضي ٧/ ٨٢، عن أسماء بلفظ، «**إنما النكاح رق، فلينظر أحدكم أين يرق عتيقته**»، وقال: روي مرفوعًا والموقوف أصح، وهو أيضًا في إحياء علوم الدين للغزالي ٢/ ٤١، والمبسوط ٥/ ٢٣.

(٦) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «**ولاية الفاسق في النكاح صحيحة عند أبي**[١] **حنيفة**[٢] **ومالك**[٣] **رضي الله عنهما، وينعقد النكاح عندهما به، وقال** =

---

(١) في أ: أبو، وهو لحن.

(٢) فتاوى قاضي خان ١/ ٣٥٦، مع الهندية.

(٣) القوانين الفقهية ص ١٣٤.

الدليل من المعقول:

لنا:

كمال النظر باجتماع[١] أسبابه وتوفر دواعيه، وذلك بالعدالة والقرابة؛ ليجمع بين الشفقة والرادع الديني وهذا ما[٢] نظر لنفسه فكيف ينظر لغيره؟! ولذلك لا يلي المال.

لهم:

ملـيء[٣] على نفسه فولي على غيره؛ لأن علة الولاية كمال الشخص بالعقل والبلوغ والحرية فيتعدى إلى غيره بالسبب المعدى، ثم الكافر يتولى الكافرة، والكفر يزيد على الفسق، وكذلك المستور العدالة تصح ولايته، ولو كانت العدالة شرطًا لوجب الشك فيه، ثم السيد الفاسق يجبر رقيقه.

مالك: ف[٤].

أحمد: وافق في أحد الوجهين[٥].

= الشافعي في القول المنصوص عنه: لا ينعقد ولا يصح[١]، وعن أحمد روايتان[٢]: إحداهما: المنع من صحتها، والأخرى يصح»[٣].

(١) في أ: إجماع.

(٢) في ب: وهذا ناظر.

(٣) لعلها مولى.

(٤) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١١٥، وحلية العلماء ٦/ ٣٣٣، وعزاه لهم.

(٥) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١١٥.

---

(١) الوجيز ٢/ ٦.

(٢) في أ: روايتين، وهو لحن.

(٣) المغني ٦/ ٤٦٦، والإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١١٥.

التكملة:

ندعي افتقار هذا العقد إلى نظر كامل، هذه مقدمة إن تورعنا فيها دللنا[١] بأنه إرفاق[٢]، المقدمة الثانية: أن الفاسق ناقص النظر بدليل سلبه الاستقلال في التصرفات، وشفقة الإنسان على ولده ليست ضرورية، وربما كانت فيما يدور بين ولده وأجنبي، فأما إن كان للفاسق غرض فهو يقدمه على مصلحة[٣] ولده[٤]، والمانع[٥] عن هذا الخلق وازع الشرع، أما المشهور العدالة فنعارضهم[٦] بالمستور الحرية، ثم المعتبر ظاهر العدالة التي يكون بها مقبول[٧] القول، ونمنع[٨] الكافر، ومع[٩] التسليم هو عدل في دينه، وتزويج السيد عبده ممنوع، وفي[١٠] الأمة قد نقل ما كان له إلى الزوج، ثم فسق السيد لا يؤثر تهمة في ملكه، وأما إذا عضلها، فإنما[١١] لم ينعزل، وإن كان نوع فسق؛ لأن العضل لا يتصور إلا بعد طلب البالغة، وذلك في ولاية الاستئمار[١٢]،

---

(١) في ب وجـ: : ذليلنا.

(٢) في ب: إرقاق.

(٣) في ب وجـ: مصالحة.

(٤) في ب: ولذه.

(٥) في ب: والبالغ.

(٦) في ب وجـ: فيعارضهم.

(٧) في ب وجـ: منقول.

(٨) في ب: ويمنع.

(٩) في ب: يمنع، وفي جـ: نمنع.

(١٠) في ب وجـ: في الأمة.

(١١) في ب وجـ: فإنها لم تنعزل.

(١٢) في ب وجـ: الاستيلاء.

هوامش هذه المسألة رك (٢٢٠):

الخلاف في الصغيرة، فإن البالغة لا ولاية عليها للفاسق إجماعًا، أما عندنا فلفسق =

ونحن نقول على وجه: إن الفاسق أهل ولاية الاستئمار، ثم إن سلم فهذه صغيرة لا تؤثر في العدالة.

والحرف أنا نعتبر العدالة الوازعة وهم يعتبرون الشفقة.

* * *

= الأب وأما عندهم فلبلوغها وعقلها.

قال أبو إسحاق: يملك الفاسق ولاية الاستئمار[1].

قال داود: إذا أراد أن يتزوج امرأة جاز له أن ينظر منها إلى ما دون الفرج[2].

قال الأوزاعي: ينظر إلى مواضع اللحم[3].

* * *

(١) المهذب مع التكملة ١٥/ ٥٠.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٣، ولم ينسبه، وحلية العلماء ٦/ ٣١٩، ونسبه.

(٣) حلية العلماء ٦/ ٣١٩.

لوحة ٥٦ من المخطوطة أ:

(تعليل الشرط بذكر مناسبة[١] بينه وبين المشروط كتعليل[٢] الأسباب بإبداء مناسباتها مع الأحكام، غير أن كل واحد يعلل على حسب موضعه[٣] فوضع السبب أن وجوده يقتضي ثبوت الحكم، والمعلل يبين أن وجوده[٤] يناسب ثبوت الحكم، ووضع الشرط أن عدمه يمنع ثبوت الحكم، فحق المعلل أن يبين أن انتفاءه يناسب انتفاء الحكم، وهذا كالزنى مع الإحصان، فإن الزنى سبب يناسب وجوده ثبوت الحكم فإنه جناية، والحد عقوبة، والإحصان شرط، فناسب انتفاؤه انتفاء الحكم أن غير المحصن لا يتمكن من التوسع في المباح، ولزم من هذا أن نبين[٥] مناسبة عدم الشاهدين وانتفاء حكم العقد.

ثم المناسب ما أشار إلى رعاية أمر مقصود للشرع[٦]، وقد بان أن قصد الشرع حفظ الدين والعقل والنفس[٧] والمال، فكلما قام بحفظ هذه فهو مناسب واقع في رتب الضرورة، وكلما انتهض[٨] بحفظ مصالحها وتهيئتها وتربيتها[٩] فهو في رتبة الكمالات والتتمة، وبين هاتين الرتبتين رتب الحاجات.

مثاله أن حضانة الصغير وتربيته[١٠] من رتبة الضرورة؛ لأن به حفظ

(١) في ب: يذكر مناسبه.
(٢) في أ: لتعليل.
(٣) في ب وجـ: وضعه.
(٤) في أ: وجوه تناسب.
(٥) في ب: يبين.
(٦) في أ: الشرع.
(٧) في ب: والنفس والفراش والمال.
(٨) في ب: انتهر.
(٩) في ب: ترتيبها.
(١٠) ترتيبه.

الأنفس، فأما اتصاله إلى كفؤ في الزوج[١]، فمن تكملة عيشته وتتمة مصلحته، وبين[٢] ذلك أصل تزويجه، فإن (حضور الكفؤ)[٣] فرصة بينهن[٤] وإذا[٥] اعتبرت هذه الرتب وجدتها في هذه الأمور الخمسة وبين الرتبة العالية والطرف الآخر مراتب كثيرة يسلك فيها العقل ويرجح البعض على البعض)[٦].

واعلم أن النكاح لا يدخله خيار الشرط ولا خيار المجلس؛ لأن العادة جارية بالبحث[٧] قبل العقد[٨]. واعلم أن القسم للحرائر وعماد القسم الليل[٩]، إذا كان عنده أربع نسوة[١٠] فسافرت واحدة بغير إذنه وظلم واحدة، فلم يقسم لها وأقام عند الآخرتين ثلاثين[١١] يومًا ثم أراد أن يقضي للمظلومة وقدمت الظالمة[١٢]، فإنه[١٣] يقسم للمظلومة ج أيام وللقادمة أ خمسة أدوار فيحصل للمظلومة يه يومًا عشرة قضاء وخمسة أداء وللقادمة ة،

(١) في ب: الزواج.

(٢) في ب: ويبين

(٣) ما بين القوسين سقط من ب.

(٤) تتهر، وصوابه تنتهز.

(٥) في ب: فإذا.

(٦) المحصول جـ٢ ق ٢/ ٢٢٠-٢٢٣.

(٧) في ب: البحث بدون باء.

(٨) روضة الطالبين ٣/ ٤٣٥.

(٩) كفاية الأخيار ٢/ ٤٥، وروضة الطالبين ٧/ ٣٤٨، ٣٤٩، وحلية العلماء ٦/ ٣٤٨.

(١٠) في ب: ونساء.

(١١) في ب: ل.

(١٢) في ب: المظالمة.

(١٣) في ب وجـ: سقط «فإنه».

ثم يستأنف القسمة[١] ويجوز له الانفراد عن الجميع لكن لا يجوز له[٢] أن يخص البعض دون البعض[٣]، ومن أراد أن يتزوج بأمته وله ابنان زوجه ابنه[٤] منها، قاله[٥] ابن الحداد، وقيل: يزوجه السلطان[٦]، وكل النبي عليه السلام عمرو بن[٧] أمية في نكاح أم حبيبة[٨] بنت أبي سفيان[٩] إذا زوجها وكيلان من اثنين فالنكاح للسابق، وإن جهل السابق فسد النكاح[١٠]، قال مالك: يكون للسابق إن لم يدخل بها الثاني[١١]، إذا أراد الحاكم أن يتزوج[١٢] من لا ولي لها، فإنه يرفع ذلك (إلى الإمام ليزوجه بنفسه أو يولي

---

(١) مثله في روضة الطالبين ٧/ ٣٥٧-٣٥٩.

(٢) له: سقطت من أ.

(٣) تكملة المطيعي مع المهذب ١٥/ ٣٠٢.

(٤) في ب وجـ: ابنها.

(٥) في ب: قال.

(٦) حلية العلماء ٦/ ٣٤٤.

(٧) هو: عمرو بن أمية بن خويلد بن عبد الله أبو أمية الضمري، صحابي مشهور، أول مشاهده بئر معونة، مات في خلافة معاوية.
(انظر: تقريب التهذيب ٢/ ٦٥، وخلاصة التذهيب ص ٢٨٧، وأسد الغابة ٤/ ٨٦).

(٨) في ب وجـ: أم جندب، ويظهر أنها مصححة في جـ، وتقدمت ترجمتها ص٩٤٩.

(٩) المجموع بتكملة المطيعي ١٣/ ١٣١، وقال في تكملته: أخرجه أبو داود وأحمد والنسائي عن عروة.

(١٠) المحرر للرافعي ق ٩٠ خ، وروضة الطالبين ٧/ ٨٨، ٨٩، والمهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٧٨.

(١١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٩٧، والقوانين الفقهية ص ١٣٤، والتفريع ٢/ ٣٣.

(١٢) في ب: يزوج.

من يزوجه ولا يتولى طرفي العقد، وإذا أراد الإمام أن يزوج من لا ولي لها ففيه وجهان: أحدهما أنه يتولى)[١] طرفي العقد، وقيل: يزوجه الحاكم، وليس الحاكم وكيلاً له، وإنما هو نائب عن المسلمين؛ ولهذا ليس للإمام عزله من غير سبب[٢].

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من أ.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٦٥/ ١٢٦ـ١٣١.

* * *

من مسائل النكاح

المسألة الحادية والعشرون بعد المائتين: ركا[١] : حضور الفاسقين.

المذهب: لا ينعقد النكاح بهما[٢].

عندهم: ف[٣].

الدليل من المنقول:

لنا:

قال النبي عليه السلام: «**لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل**»[٤]، ومطلق كلام الشارع يصرف إلى المعهود الشرعي، والمعهود العدول كما في

---

(١) في ب وخاص أ = و.

(٢) كفاية الأخيار ٢/ ٣٠، والتنبيه ص ١٥٩، والوجيز ٢/ ٤، وحلية العلماء ٦/ ٣٦٦.

(٣) تحفة الفقهاء ٢/ ١٣٣، والهداية مع البناية ٤/ ٢٥، ومختصر الطحاوي ص١٧٢.

(٤) البيهقي في سننه ٧/ ١٤٢، بلفظ: «**لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد أو سلطان**» قال: تفرد به القواريري مرفوعًا، والقواريري ثقة إلا أن المشهور بهذا الإسناد موقوف على ابن عباس رضي الله عنهما، وذكره في الجوهر النقي ٧/ ١٢٤، وقال: قلت: مداره موقوفًا ومرفوعًا على عبد الله بن عثمان بن خثيم، وقال فيه ابن معين: أحاديثه ليست بقوية، وقال ابن الجوزي: قال يحيى: «أحاديثه ليست بشيء» اهـ.

وقد رواه الدارقطني في سننه ٣/ ٢٢١ ـ ٢٢٢، عن ابن عباس بلفظ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، وذكره البيهقي بهذا اللفظ عن ابن عباس ٧/ ١٢٤، وقال: رواه عدي بن الفضل وهو ضعيف، وقال أيضًا: والصحيح أنه موقوف.

قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾[١].

لهم:

قال النبي عليه السلام: «**لا نكاح إلا بولي وشهود**»[٢]، وجه الدليل: أنه ذكر الشهود ولم يشرط[٣] العدالة، ويعبر[٤] بالشهادة عن الحضور[٥]، قال تعالى: ﴿مَّا أَشْهَدتُّهُمْ خَلْقَ السَّمَوَاتِ﴾[٦] أي: ما أحضرتهم[٧].

الدليل من المعقول:

لنا:

فقد شرط انعقاد النكاح، فلا ينعقد؛ لأن الشرط حضور شهود، والفاسق لا شهادة له؛ ولأنها شهادة فتختص[٨] بالعدالة كالحدود؛ لأن الشهادة حيث وضعت كانت لإثبات الدعوى، ولا تتصور[٩] الشهادة من فاسق، بدليل ما لو وكل في البيع بشرط الإشهاد، فإنه يختص بالعدل.

---

(١) سورة البقرة آية: ٢٨٢، وهي في أ: «فاستشهدوا»، وهو خطأ.

(٢) الطبراني عن أبي موسى الخطيب، وابن عساكر عن علي بن النجار عن عمران بن حصين بلفظ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدين» كما في الجامع الكبير ١/ ٩١٦، وفي الجامع الصغير عزاه للطبراني وحسنه ٦/ ٤٣٧، والدارقطني في سننه ٣/ ٢٢٠، بلفظ: لا نكاح إلا بولي وشهود ومهر إلا ما كان من النبي ﷺ، وقال في التعليق المغني على الدارقطني ٣/ ٢٢١: قلت: وهو موقوف على أبي سعيد.

(٣) في ب وجـ: يشترط.

(٤) في ب وجـ: يعتني.

(٥) من أ: ساقطة «عن الحضور».

(٦) سورة الكهف آية: ٥١.

(٧) أضواء البيان للشنقيطي ٤/ ١٢٤.

(٨) في ب: فيختص.

(٩) في ب: يتصور.

لهم:

الفاسق من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة؛ لأن المعتبر تنفيذ القول على الغير[١]، وبيان الأهلية أن الشهادة قول صحيح فأهله من كان صحيح القول.

مالك: لا يفتقر إلى شهادة[٢].

أحمد: ق[٣].

التكملة:

إن حملوا الشهادة على الحضور قلنا: مطلق كلام الشارع[٤] ينصرف إلى المعهود، ويلزمهم تعديل امرأتين برجل، وهذا من خواص الشهادات، ثم النكاح شرع لمصلحة الخلق، وحافظ الشرع عليه وصانه[٥] بالشهود عن الفوات بالجحود كيلا يتبين[٦] المطلوب منه، وطريق[٧] الصيانة فيه الإشهاد وللشرع[٨] في تمهيد هذه الطريق مسلكان؛ أحدهما: الأمر بالإشهاد والآخر: اشتراط الشهادة، واشتراط الشهادة آكد[٩] من الأمر بها؛ لأن الزوجين إذا علما أن لا وصول إلى مقصودهما إلا بالشهادة اعتمداها ولو

(١) من أ: «على الغير» ساقطة.

(٢) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٩٣، والتفريع ٢/ ٣٣.

(٣) هداية أبي الخطاب ١/ ٢٥٠.

(٤) في ب: الشرع.

(٥) في ب وجـ: فصانه.

(٦) في ب وجـ: بتر.

(٧) في ب: وطرائق.

(٨) في ب وجـ: وذلك شرع.

(٩) في ب وجـ: أكثر.

كان أمرًا يحصل لهما المقصود دونه، فلما رأينا الشارع قد شرط الشهادة عرفنا أنه شرطها لتحقيق مقصودها وهو الإثبات. قالوا: لو حضر مراهقان وعبدان قد علق عتقهما على ما يوجد ساعة العقد، فالإثبات بهم ممكن، وعندكم لا يصح. والجواب: أن هذا الإلزام عكس الدليل، فإنا لا ندعي أن كل نكاح أمكن إثباته وجب أن ينعقد بل ادعينا أن ما لا يمكن إثباته لا ينعقد.

* * *

هوامش هذه المسألة:

يكفي في شاهدي النكاح العدالة الظاهرة(١).

الوليمة: لاجتماع الزوجين وتجب في أحد الوجهين(٢)، قال النبي عليه السلام: «الوليمة في اليوم الأول حق، وفي الثاني معروف، وفي الثالث رياء»(٣).

طعام الولادة: الخرس، الختان: العذيرة.

القدوم: النقيعة، البناء: الوكيرة(٢).

حلق رأس المولود: العقيقة(٢). المكتب: الحذاق(٤).

قال داود: لا يفتقر النكاح إلى شهادة(٥)، والخطبة فيه واجبة(٦).

* * *

---

(١) تكملة المطيعي مع المهذب ١٥/ ٨٧، وحلية العلماء ٦/ ٣٦٦.

(٢) المهذب مع التكملة ١٥/ ٢٦٩-٢٧١، والزاهر ص ٣٢١، ٣٢٢، وسمى طعام البناء: الشنداخي، والمطلع على أبواب المقنع ص ٣٢٧-٣٢٨، والمغني ٧/ ١.

(٣) أحمد في مسنده ٥/ ٢٨، وأبو داود في سننه ٤/ ١٢٦، والدارمي في سننه في الأطعمة ٢/ ١٠٥.

(٤) المطلع على أبواب المقنع ص ٣٢٨، والمغني ٧/ ١.

(٥) تكملة المطيعي للمجموع مع المهذب ١٥/ ٨٧، وعزاه لداود.

(٦) المغني لابن قدامة ٦/ ٥٣٧، وعزاه لداود.

المسألة الثانية والعشرون بعد المائتين: ركب[١]:

هل ينعقد النكاح برجل وامرأتين؟.

المذهب: لا[٢].

عندهم: نعم[٣].

الدليل من المنقول:

لنا:

الحديث المقدم[٤]، وظاهره اشتراط رجلين، وإن سمي رجل وامرأة شاهدين فهذا قطعًا لا يعمل به، فإنه لا يصح كشهادة رجل وامرأة، وتعديل امرأتين برجل أمر شرعي ورد في المال، فما الجامع بينه وبين النكاح؟!.

لهم: . . .[٥].

الدليل من المعقول:

لنا:

ليس للنساء شهادة أصلاً؛ لأنها تحتاج إلى ضبط ابتداء وحفظ دوامًا

---

(١) في ب: ز، وكذا في خاص أ.
(٢) كفاية الأخيار ٢/ ٣٠، والوجيز ٢/ ٤، والإشراف على مذاهب العلماء ٤/ ٤٦، وروضة الطالبين ٧/ ٤٥.
(٣) تحفة الفقهاء ٢/ ١٣٣، ومختصر الطحاوي ص ١٧٢.
(٤) تقدم في مسألة ٢٢١.
(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «يثبت النكاح بشهادة رجل وامرأتين عند أبي حنيفة، وحكم الحاكم بثبوته شهادة عند التداعي، وقال مالك والشافعي: لا يثبت، وعن أحمد: روايتان: أظهرهما أنه لا يثبت»[١].

---

(١) تحفة الفقهاء ٢/ ١٣٣، والوجيز ٢/ ٤، والقوانين الفقهية ص ١٣١، وهداية أبي الخطاب ١/ ٢٥٠، والمغني ٦/ ٤٥٠-٤٥١، والإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١١٦.

وأداءً على الوجه، وتقصر النساء عن ذلك، بدليل أنها لا تسمع شهادتهن منفردات، ومن لا يثبت النكاح بقوله لا ينعقد بحضوره.

لهم :

أهل[١] الشهادة بدليل المال؛ لأن الشهادة قول صحيح، وقولها صحيح، وشهادتهن أصل، بدليل[٢] قبولها مع إمكان شهادة الرجال فهي مقبولة الإقرار مطلقًا، فتكون مقبولة الشهادة كالرجل، غرض التنفيذ[٣] بالإطلاق[٤] احترازاً من العبد، والجامع أن الشهادة والإقرار خبران[٥]، ويتأيد بالرواية، فإنها تقبل منها.

مالك : من شرط النكاح ترك التواصي[٦] بالكتمان[٧].

أحمد : ق[٨].

التكملة :

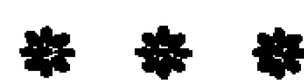
العدد في الشهادة متلقى من الشرع، وقد جاء في الزنى أربعة[٩]، وفي

(١) في ب وجـ : أصل.
(٢) في ب : دليل.
(٣) في ب وجـ : التقييد.
(٤) في ب وجـ : بإطلاق فالإطلاق احتراز من القيد.
(٥) في أ: جبران.
(٦) في أ: التراضي.
(٧) القوانين الفقهية ص ١٣١، والإفصاح ٢/ ١١٥.
(٨) المغني ٦/ ٤٥٠، في المشهور عن أحمد، وهداية أبي الخطاب ١/ ٢٥٠.
(٩) أربعة، بياض في ب وجـ.

المداينة[١] (رجل[٢] وامرأتان)[٣]، وقال في الرجعة: (ذوي عدل)[٤]، وقال في النكاح: (شاهدي[٥] عدل)، والمنصوصات لا تغير وما ليس بمنصوص يلحق بالمنصوص ولو جرى القياس لجاز في الزنى رجلان وأربع نسوة ثم الأليق بحال النساء ألا يشهدن ولا يتبرجن[٦]، واعتبار الشهادة بالإقرار باطل، فإن العبد يقر[٧] على نفسه فيقبل[٨] ولا تقبل[٩] شهادته، وإنما يرد[١٠] إقراره فيما يتعلق بالسيد من الأموال. وصحت الرواية من المرأة كما صحت من العبد، ولم تصح شهادته، والفقه فيه أن الرواية لا تختص بشخص بل يقوم بها جماعة، فإن نسيها شخص ذكرها آخر، والشهادة يستحفظ[١١] فيها اثنان، وفوات معنى الشهادة لنقصان عقل المرأة، ولولا ذلك ما عدل رجل[١٢] امرأتين[١٣].



(١) في ب وجـ: المداينات.
(٢) ما بين القوسين ساقط من ب وجـ.
(٣) في أ: وامرأتين، وهو لحن.
(٤) ما بين القوسين ساقط من ب وجـ، وما أثبته من أ، ولعله ذوا.
(٥) ما بين القوسين ساقط من ب وجـ، وما أثبته من أ، ولعله شاهداً.
(٦) ولا يتبرجن: ساقط من ب وجـ.
(٧) في ب: يقر.
(٨) في أ: فيقتل.
(٩) في ب: يقبل.
(١٠) في ب وجـ: يراد.
(١١) في ب: تستحفظ.
(١٢) في ب وجـ: أحد.
(١٣) في أ: وامرأتين.



المسألة الثالثة والعشرون بعد المائتين: ركج[1] :

غير الأب والجد هل يزوج الصغيرة؟ .

المذهب: لا[2] .

عندهم: نعم، ويثبت لها الخيار[3] عند البلوغ[4] .

الدليل من المنقول:

لنا:

توفي[5] عثمان بن مظعون[6] وأوصى في أمر ابنته[7] إلى أخيه قدامة[8]،

---

(١) في ب وخاص أ = خ.

(٢) المحرر للرافعي ق ٩٠ خ، وحلية العلماء ٦/ ٣٣٧.

(٣) في ب : بالخيار.

(٤) الهداية مع البناية ٤/ ١٣٦، ومختصر الطحاوي ص ١٧٣، والاختيار ٣/ ٩٤، والكتاب مع اللباب ٢/ ١٩١، والجامع الصغير ص ١٣٨.

(٥) في ب وجـ : روى.

(٦) هو عثمان بن مظعون القرشي الجمحي، أول من مات من المهاجرين بالمدينة بعد رجوعه من بدر، وقبّله النبي ﷺ وهو ميت وكان يزوره ودفن إلى جنبه ولده إبراهيم، وكان ممن حرم الخمر على نفسه قبل تحريمها، وكان عابداً مجتهداً وسمع لبيد بن ربيعة ينشد: «ألا كل شيء ما خلا الله باطل»، فقال: صدقت، فلما قال: «وكل نعيم لا محالة زائل» قال: كذبت: نعيم الجنة لا يزول، فقال لبيد: يا معشر قريش! أكذب في مجلسكم، فلطم بعض الحاضرين وجهه لطمة اخضرت منها عينه وذلك في أول الإسلام، فقال له عتبة بن ربيعة: لو بقيت في نزلي ما أصابك شيء، وكان قد رد عليه جواره، فقال له عثمان: إن عيني الأخرى لفقيرة إلى ما أصاب أختها في سبيل الله، توفي في السنة الثانية من الهجرة.
(شذرات الذهب ١/ ٩، ١٠، والعبر ١/ ٦، وأسد الغابة ٣/ ٣٨٥-٣٨٧).

(٧) في أ: امرأتيه.

(٨) هو قدامة بن مظعون بن حبيب، أخو عثمان بن مظعون، من سادات قريش، مات =

قال ابن عمر: فزوجها مني، فجاء المغيرة[١] إلى أمها ورغبها في المال فرغبت ورفعت القصة إلى النبي عليه السلام، فرد نكاحها، وقال: «**إنها يتيمة، وإنها لا تنكح إلا بإذنها**»[٢] .

وجه الاستدلال[٣] ظاهر. وقال عليه السلام: «**لا يتم بعد البلوغ**»[٤] .

لهم: . . . .[٥]

= بالمدينة سنة ست وثلاثين في خلافة علي بن أبي طالب، وقد قيل: إنه مات سنة ست وخمسين. (كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٢٢).

(١) المغيرة بن شعبة بن أبي عامر الثقفي، أبو عبد الله، وقد قيل: أبو عيسى، أصيبت عينه يوم اليرموك، مات بالكوفة وهو وال عليها سنة خمسين وله سبعون سنة، وكان من دهاة قريش.
(انظر: كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٤٣، وشذرات الذهب ١/ ٥٦، وتقريب التهذيب ٢/ ٢٦٩، والعبر ١/ ٤٠).

(٢) البيهقي في سننه في النكاح، باب ما جاء في إنكاح اليتيمة ٧/ ١٢٠، بنحوه، والدارقطني في سننه ٣/ ٢٣٠.

(٣) في ب: الدليل.

(٤) مختصر سنن أبي داود للمنذري في الوصايا، باب متى ينقطع اليتم ٤/ ١٥٢، ١٥٣، وقال: في إسناده يحيى بن محمد المدني الجاري، قال الخطابي: يتكلمون فيه، وقال ابن حبان: يجب التنكب عما انفرد به من الروايات، وذكر العقيلي هذا الحديث، وذكر أنه لا يتابع عليه يحيى الجاري، انتهى كلامه، وسنن أبي داود ٣/ ٢٩٣.

(٥) بياض في ب وجـ، وفي أ: بخط مغاير ما نصه: «يجوز للابن أن يزوج أمه عند أبي[١] حنيفة ومالك وأحمد رضي الله عنهم، وأما عند الشافعي رضي الله عنه فلا يجوز ذلك»[٢] .

---

(١) في أ: «أبو»، وهو خطأ.

(٢) المحرر للرافعي ق ٩٠ خ، والهداية مع البناية ٤/ ١٤٩، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٩١، والمغني ٦/ ٤٥٦، والإفصاح ٢/ ١٢٨.

الدليل من المعقول:

لنا:

يدل[١] على أن نكاح[٢] الصغير يفتقر إلى كمال نظر، وندعي[٣] أن العم مثلاً قاصر النظر، دليل المقدمة الأولى ما لا يخفى من الاحتياط في النكاح، وخوف غوائله، ودليل المقدمة الثانية: كون العقد لا يلزم، وكون العم لا يتصرف في المال، وإن وقع الفرض في الحاكم لم يستقم فضل المال، فتعلل[٤] بقصور الشفقة[٥].

لهم:

العم مشارك في أصل الشفقة، (والتفاوت في مراتب الشفقة)[٦] غير معتبر، وتعطيل اليتيمة[٧] بعد وجود الكفؤ[٨] ضرر، فقلنا: يصح منه أصل العقد لوجود أصل الشفقة ولتفاوت الشفقة لا يلزم، وإن فرض في الحاكم قيل[٩]: تصرف[١٠] في مالها فتصرف في بضعها.

مالك[١١]:

---

(١) في أ: ندل.
(٢) في ب: النكاح، وهو خطأ.
(٣) في ب: مدعى.
(٤) في ب: تعلل.
(٥) في ب: الشفعة.
(٦) ما بين القوسين ساقط من ب.
(٧) في ب: وتعليل القيمة.
(٨) في ب: الكفر.
(٩) في ب: قبل.
(١٠) في أ: فتصرف.
(١١) في أ: الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٩١، والتفريع ٢/ ٣٤، وأجازه للأب فقط.

أحمد[١]:

التكملة:

بالجملة ولاية الإجبار[٢] حيث وجدت[٣] وجدت[٤] نصًا أو قياسًا[٥] على نص، ولا نص في الأخ ولا إجماع[٦]، وطريق إثباته الاحتداء[٧]، والمجمع عليه الأب والجد وليس الأخ في معناهما؛ فإن الأصل إذا تصرف في فروعه كان كالتصرف[٨] في نفسه ولا خفاء[٩] بالفرقان بين الأخ والأب في ذلك، ولذلك لا يلي المال، ولا يلزم عقده النكاح[١٠]؛ كل ذلك لغوامض غوائل[١١] النكاح، وإثبات (الخيار لها)[١٢] لا يفيد بعد الوقاع ولا يتدارك الضرر مع إثبات الجواز وخيار الرؤية أمر بدع في النكاح لا يشهد له أصل، وأما الحاكم وولي المال[١٣] لما فيه من مصلحة اليتيم كيلا تأكله النفقات، وغوائل المال قريبة، وثمن المثل معروف.

---

(١) هداية أبي الخطاب ١/ ٢٤٨، والمغني ٦/ ٤٥٦.
(٢) في ب: الأخبار.
(٣) في ب وجـ: وجبت.
(٤) وجدت: سقطت من ب وجـ.
(٥) في ب وجـ: وقياسًا.
(٦) في ب وجـ: والإجماع.
(٧) في ب: الاحدا، ولعلها: الاحتذاء.
(٨) في ب: كان التصرف، وفي جـ: كان المتصرف.
(٩) في ب: ولاحقًا.
(١٠) في ب: عقده في النكاح.
(١١) في ب وجـ: عوامل.
(١٢) في ب وجـ: الحال و(لها).
(١٣) في أ: الأمر.

وحاصل الكلام أن أمر النكاح عظيم، ومضرته خفية، وإنما يصير عقد مصلحة إذا صدر من ذي شفقة[(١)] كاملة، وأما بعد البلوغ فعندنا كما قبل البلوغ إنما تملك[(٢)] ولاية الاستئمار وهي من أهل الاختيار[(٣)]، وكلامنا في ولاية الإجبار[(٤)]، وأما تزويج المجنونة، فإنما جاز مع فتوى[(٥)] الطب، وهذا من باب دفع المضار لا من باب اقتناص المصالح.

* * *

---

(١) في ب وجـ: شفعة.

(٢) في ب: يملك.

(٣) في ب وجـ: الاستثمار.

(٤) في ب: الإخبار.

(٥) في ب وجـ: فتوا الطلب.

هوامش هذه المسألة:

قال ابن القاص: لا يجوز للأب أن يزوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه الآخر البكر[(١)].

الخلاف في الصغير كذلك[(٢)].

* * *

---

(١) المهذب مع التكملة للمطيعي ١٥/ ٦٢، وعزاه لابن القاص، وحلية العلماء ٦/ ٣٤٣، وعزاه المحشي له.

(٢) الهداية مع البناية ٤/ ١٣٦، وهداية أبي الخطاب ١/ ٢٤٨.

المسألة الرابعة والعشرون بعد المائتين: ركد[١] :

هل يزوج الابن أمه بالبنوة؟ .

المذهب: لا[٢] .

عندهم: نعم[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قال عليه السلام: «**لا نكاح إلا بولي**»[٤]، والابن ليس بولي للأم بدليل سياق الخبر الذي رووه، فإن أم سلمة قالت: يا رسول الله، إني امرأة مصبية غيرى[٥] وأوليائي غيب، فقال عليه السلام: «**أما المصبية فسيكفيكهم الله، وأما الغيرة فأسأل الله يذهبها عنك، وأما الأولياء فلا أرى فيهم أحداً[٦] يكرهني**»[٧] .

---

(١) في ب: «ط»، وكذا في خاص أ.

(٢) المحرر للرافعي ق ٩٠ خ، ومختصر المزني ص ١٦٥، وروضة الطالبين ٧/ ٦٠، وحلية العلماء ٦/ ٣٣٠، والوجيز ٢/ ٦، والمهذب مع المجموع ١٥/ ٤٨، والإفصاح ٢/١١٨ .

(٣) الهداية مع البناية ٤/ ١٤٩، والإفصاح ٢/ ١١٨ .

(٤) سبق تخريجه في مسألة (ركا) (٢٢١)، وأخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه وابن حبان والحاكم كما في التلخيص الحبير ٣/ ١٥٦ .

(٥) في كل النسخ: «غيرا».

(٦) في أ: أحد، وهو لحن.

(٧) البيهقي في سننه في النكاح: باب الابن يزوجها إذا كان عصبة لها بغير البنوة ٧/ ١٣١، بنحوه، والمصبية: ذات الصبيان، وغيرى: ذات غيرة فلا يمكن لها الاجتماع مع الضرات، والنسائي في سننه في النكاح: إنكاح الابن أمه ٦/ ٨١-٨٢.

لهم:

قال النبي عليه السلام: «**الولاية للعصبات**»(١). وجه الدليل كون الابن عصبة.

وقال عليه السلام لعمر(٢) بن أم سلمة: «**يا غلام، فزوج أمك من رسول الله**»(٣).

الدليل من المعقول:

لنا:

غير منتم إلى شجرتها فلا يملك إنكاحها كالخال(٤)، وتقريره ما تقدم من كون النكاح مصلحة عامة تحتاج إلى رأي ثاقب ونظر صائب، ودليل(٥) قصور الولد عن ذلك عدم إعراضه في الكفاءة وكون الأنفة تحمله على كراهية هذا الشأن.

لهم:

الابن أقرب الناس إليها فزوجها كالأب، وتقريره كون النكاح شرع

---

(١) ذكره في الهداية ٤/ ١٣٤، بلفظ: «**النكاح إلى العصبات**»، وقال العيني في البناية شرح الهداية: ذكر هذا الحديث شمس الأئمة السرخسي وسبط بن الجوزي، ولم يخرجه أحد من الجماعة، ولا يثبت، ونصب الراية: ٣/ ١٩٥، بلفظ: «**النكاح إلى العصبات**».

(٢) عمر بن أبي سلمة بن عبد الأسد المخزومي، ربيب رسول الله ﷺ، كان مولده بأرض الحبشة في السنة الأولى من الهجرة، وتوفى في إمارة عبد الملك بن مروان. انظر: كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٢٧.

(٣) النسائي في سننه في النكاح: إنكاح الابن أمه ٦/ ٨١-٨٢، وقال: مختصر وذكره القاضي عبد الوهاب في الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٩٥.

(٤) في ب وجـ: كالحال.

(٥) في ب: دليل بدون: «واو».

لمصلحتها، وكون الابن عالمًا بالمصالح، وتقديمه على العصبات في الإرث دليل قربه، والموانع لا أثر لها كما لو كان قاضيًا أو ابن عم.

مالك: الابن أولى من الأب[١].

أحمد[٢]:

التكملة:

إن فرض الكلام في تزويج الأم أوالأب المجنونين فالأصلح منع[٣] ذلك، ونقول: لا يملك تزويج هؤلاء أحد؛ لأن مقاصد النكاح فاتت في حقهم، ولو طرى الجنون[٤] لفسخ[٥] العقد، اللهم إلا أن يشير الأطباء بذلك فينزل منزلة الدواء[٦]. ثم إثبات[٧] الولاية للابن بالإجبار[٨] على أحد أبويه المجنون إنما تثبت[٩] بنص، ولا نص (أو إجماع)[١٠]، ولا إجماع، أو بقياس على غيره والمجمع عليهم[١١] الأب والجد والحاكم وليس الابن في معنى

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٩٥، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ٢/ ٢٢٥.

(٢) هداية أبي الخطاب ١/ ٢٤٨، ونصه: وأما الابن فله تزويج أمه بإذنها، والمغني ٦/ ٤٥٨، والمبدع ٧/ ٣٠.

(٣) في ب: مع.

(٤) في ب: المجنون.

(٥) في ب: يفسخ.

(٦) في ب وجـ: الدوام.

(٧) وإثبات: في ب وجـ.

(٨) في ب: بالإخيار.

(٩) في ب: ثبت.

(١٠) أو إجماع: ساقط من ب وجـ.

(١١) في ب: والجمع عليه، وفي جـ: والمجمع عليه.

واحد منهم، أما إلحاقه[١] بالأب، فلا يمكن لأن الولاية منصب تقتضيه[٢] رتبة الأب لا رتبة الابن، وإن كان النظر إلى جانب المولى[٣] عليه، فمراعاة الأب لمصالح[٤] فرعه لا تناسبها[٥] مراعاة الولد لمصالح[٤] الأم.

والجواب عن منقولهم: إما أن ذلك خاص برسول الله (عليه السلام)[٦] وإما لأن الولد كان ابن عم أمه. وأما الصورة التي لا أثر لمنع الابن من الكفاءة فيها هي أن تتزوج شريفة بنبطي وتلد منه ثم تبين عنه ثم تعود إليه، فليس[٧] للولد الاعتراض عليها، فإنه ربما منعوا في[٨] غير هذه الصورة، وقالوا: للولد الاعتراض في الكفاءة والحديث الآخر عن ثبت[٩]، ونقول: الابن يدلي بأبيه[١٠] وأمه، والأم لا تصلح عندنا أن تكون ولية نفسها، والابن[١١] لا يكون ولي نكاحها، قاله القفال[١٢].

* * *

(١) في ب: الحاجة.

(٢) في ب وجـ: يقتضيه

(٣) في ب وجـ: الولي عليه.

(٤) في ب وجـ: بمصالح.

(٥) في ب وجـ: يناسبها.

(٦) عليه السلام: ساقطة من ب وجـ.

(٧) في ب: وليس.

(٨) في ب وجـ: «من».

(٩) في ب: ثيب.

(١٠) في ب: نايبه.

(١١) في ب وجـ: والاب.

(١٢) حلية العلماء ٦/ ٣٣٠.

هوامش هذه المسألة: ركد:

الام العاقلة المتصور عليها ولاية الاستئمار، ولا يكاد ينتظم النزاع فيها، إذ فائدة =

. . . .

الاستثمار الاكتفاء بالسكوت، وذلك مختص بالأبكار، وأم بكر لا يتصور أو يوقف النكاح على الولي حتى لا تستقل به المرأة، ولا الولي والعاقلة الحرة، وعندهم تستقل بالنكاح، نعم إذا اتفق تزويج الابن إياها بإذنها فصحة النكاح مختلف فيها إذ لا يصح عندنا لعدم الولي[1]، وصح عندهم إما لاستغنائها عن الولي أو لأن الابن ولي[2].

* * *

(١) حلية العلماء ٦/ ٣٣٠.

(٢) الهداية مع البناية ٤/ ١٤٩، ومختصر الطحاوي ص ١٦٩.

المسألة الخامسة والعشرون بعد المائتين: ركه[١] .

إذا رضيت أقل من مهر المثل .

المذهب: لم يكن للأولياء الاعتراض عليها[٢] .

عندهم: ف[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٤] .

لهم: . . .[٥] .

الدليل من المعقول:

لنا:

---

(١) ب: ي، وكذا في خاص أ.

(٢) روضة الطالبين ٧/ ٥٨، وحلية العلماء ٦/ ٣٥٥.

(٣) الهداية مع البناية ٤/ ١٦٤، والإفصاح ٢/ ١٢٢، والكتاب مع اللباب ٢/ ١٩٥، والإفصاح ٢/ ١٢٢.

(٤) بياض في ب وجـ، وفي أ بخط مغاير ما نصه: «إذا رضيت المرأة بدون مهر مثلها فقال مالك والشافعي وأحمد رضي الله تعالى عنهم: ليس للأولياء التعرض لها في ذلك والأمر إليها إن شاءت ردت وإن شاءت قبلت»[١] .

(٥) بياض في ب وجـ، وفي أ ما نصه: وقال أبو حنيفة، ليس لها ذلك وللأولياء التعرض فيه إن شاءوا قبلوا، وإن أرادوا منعوا، والله أعلم[٢].

---

(١) القوانين الفقهية ص ١٣٦، والمغني لابن قدامة ٦/ ٧١٨، والإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٢٢.

(٢) الإفصاح ٢/ ١٢٢.

تصرفت في[١] حقها وهي من أهل التصرف فلا يعترض عليها[٢] كما لو باعت مالها بالبخس، دليل كون المهر حقها تصرفها فيه حبسًا[٣] واستيفاء وإبراء، وإن قدر مثل منافعها فمنافعها[٤] مالها، وإن قدر البضع جزءها[٥]، فإهدارها للطرف[٦] إن لم يؤثر في الإباحة أثر في نفي[٧] الضمان.

لهم:

نقيس نقصان المهر على فوات الكفاءة، والجامع[٨] أن الزوجين يتعادلان في المنصب غالبًا، ونقصان المهر شين للنسب[٩]، ثم ضرر بنساء عشيرتها، ثم تقرير المهر إلى عشرة[١٠] حق الشرع، وإلى مهر المثل حق الأولياء لتأثرهم به، ونسلم أن المهر حقها لكنه عبارة عن الواجب، والكلام في الوجوب، وصار كالزكاة تجب لله والواجب للفقراء.

مالك[١١]:

أحمد: ق[١٢].

---

(١) في ب وجـ: في محض حقها.
(٢) عليها: سقطت من أ.
(٣) في ب وجـ: جنسا.
(٤) فمنافعها: سقطت من ب.
(٥) جزءها: بياض في أ.
(٦) في ب: للتطرق.
(٧) في ب: نهي.
(٨) في ب وجـ: فالجامع.
(٩) في ب: النسب.
(١٠) في أ: غيره.
(١١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٢/ ٣١٥، والإفصاح ٢/ ١٢٢.
(١٢) المغني لابن قدامة ٦/ ٧١٨، والمبدع ٧/ ١٦٨، والإفصاح ٢/ ١٢٢.

التكملة:

الاعتراض على عقدها بالفسخ إما بنص أو قياس، ولا نص[١]، ولا أصل بتخيل[٢] إلحاقه به سوى الاعتراض عند فوت الكفاءة، وليس هذا في معناه لأن الاعتراض على تصرف الغير في حقه إذا ثبت[٣] تضرر عظيم له وقع في النفوس اعتياد[٤] يثبت بضرر دونه، ولذلك ثبتت[٥] شفعة المساهم لا المجاور، ثم لو زوجت نفسها بالنخالة أو بقشور الرمان لم يعترض عليها، وقيمة بضع المرأة يختلف باختلاف الرغبات فرب نسيبة قليلة المهر ووضيعة كثيرة المهر، فليس المهر معيار النسب، بل محل المهر من البضع محل الثمن من المثمن (ويصل الإضرار بنساء العشيرة منقوض)[٦] بما لو رضي الولي، وتحقيقه أن النقصان[٧] لا يحط من مهر الموطوءة بالشبهة بل يعتبر قانون مهر المثل في العشيرة، ثم نعتبر بعده فضيلة إن كانت فيها أو في غيرها، ونقيصة[٨] إن كانت فيها أو في غيرها، وكذلك المسامحة[٩] (من إحداهن

(١) في ب وجـ: على نص.
(٢) في ب وجـ: نحيل.
(٣) ثبت: سقطت من ب وجـ.
(٤) في ب وجـ: اعتياد.
(٥) في ب: يثبت.
(٦) في ب: وفضل الاصرارين العشرين منقوص، وفي جـ، وفضل... منقوص.
(٧) في ب: النقصا.
(٨) في أ: ونقيضه.
(٩) في ب: المسافحة.

تختص بها)[١].

* * *

---

(١) ما بين القوسين سقط من ب وجـ.

هوامش هذه المسألة: ركه:

صورة المسألة: أن يزوجها الحاكم في غيبة الأولياء من كفء بالتماسها، فإن النكاح[١] يصح[٢]، والنزاع في الاعتراض.

الكفاءة ليست شرطًا في صحة النكاح[٣].

قال ابن حي: لا يصح التوكيل في النكاح إلا بحضور شاهدين[٤].

* * *

(١) في ب: العقد.

(٢) الوجيز ٢/ ٥، والتكملة مع المجموع ١٥/ ٥٤.

(٣) مغني المحتاج ٣/ ١٦٤، وروضة الطالبين ٧/ ٨٤، ومغني ابن قدامة ٦/ ٤٨٠ في إحدى الروايتين.

(٤) حلية العلماء ٦/ ٣٤٥، ٣٤٦.

لوحة ٥٧ من المخطوطة أ :

هذا الفصل يقع فيما إذا زوج مولاته من نفسه ويدور في كثير من المسائل. نسلم وجود الأهلية والمحلية والصيغة ونقول: الصحة حكم شرعي معناه اعتباره هذا العقد في إيجاب حكمه، فلابد من سبب وأمارة تدل على ثبوته فالأهلية عبارة عن صفات إذا اجتمعت لشخص أمكن أن يعتبر قوله وفعله في مجاري الأحكام، والمحلية مجموع صفات في المحل تقبل مقصود الحكم فيمكن إثبات[1] الحكم فيها، والصيغة ألفاظ منظومة يمكن جلب[2] الحكم بها، فإذا اجتمعت الأهلية والمحلية والصيغة وهي الأركان أمكن أن يصح العقد[3]، ومعناه لو صح لم يناقض[4] أصلاً شرعيًا ولا عقليًا، لكن ما الدليل على وقوع هذه العلة الممكنة وثبوتها؟ فليس كل ممكن واقع[5] لكن الممكن[6] ما استوى[7] طرفاه وجوداً وعدمًا، فإن وجد ما يرجحه ثبت وإلا بقي على عدمه.

فإن قالوا: (الأصل اعتبار كلام العاقل فنقول: هذا[8] الأصل إن ادعيتموه عقلاً فمحال؛ لأنه لا مجال للعقول في الأحكام، وإن ادعيتموه

(١) في ب : بإثبات.
(٢) في ب : حلب.
(٣) العقد: سقطت من ب.
(٤) في ب : يناقص.
(٥) هكذا في أ و ب، والصواب : واقعًا خبر ليس.
(٦) في ب : الركن.
(٧) في ب : استوا.
(٨) ما بين القوسين ساقط من ب.

شرعًا، فلا يتعرف إلا من نص أو إجماع[١] أو قياس عليهما، فإن قالوا: إنما أعطى العقل لاعتبار[٢] قوله وفعله، قلنا: لإمكان[٣] اعتبار قوله وفعله أم لوجوبهما؟! للإمكان مسلم للوجوب ولا نسلم[٤].

مسألة: الموقف[٥] باطل[٦] خلافًا لهم[٧]. لنا: إن إذن الولي شرط في الاستباحة فإذا تأخر عن العقد لم يصح كالشهادة.

مسألة: لا ينعقد نكاح المسلم مع الذمية بشهادة أهل[٨] الذمة خلافًا[٩] لهم.

لنا: أن من لا ينعقد بشهادته نكاح مسلمين لا ينعقد بشهادته نكاح مسلم وذمية كالعبد والصبي ولا يحسن قياس شهادته على ولايته؛ لأن الولاية تستدعي الشفقة وطلب المصلحة للمولى عليه، والكفر[١٠] لا ينافي ذلك والشهادة تستدعي[١١] حفظ الحق والكفر ينافي ذلك، فإنه لو كان المنكر الزوج لم تنفع[١٢] شهادة الذمة.

---

(١) في ب: اجتماع.
(٢) في أ: الاعتبار.
(٣) في أ: الإمكان.
(٤) في أ: لا نسلم.
(٥) في ب: النكاح الموقت.
(٦) حلية العلماء ٦/ ٣١٦، والمهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٤٦.
(٧) الهداية للمرغيناني ١/ ١٩٦.
(٨) حلية العلماء ٦/ ٣٦٧.
(٩) الهداية للمرغيناني ١/ ١٩٠.
(١٠) في ب: والكفؤ.
(١١) في ب: يستدعى.
(١٢) في ب: ينفع.

مـسـألة: الأخ من الأبوين والأخ من الأب سواء في الولاية في القـول القديم، ويقدم الأخ من الأبوين في القول الجديد، ومذهبهم الحجة: أخوان يزوج[١] كل واحد منهما إذا انفرد، فإذا اجتمعا تساويا كما تساويا في الإدلاء ولا حجة في التقديم بالميراث، فإن المشركة يقدم ولد الأم على ولد الأبوين ولا يقـدم في الولاية؛ وذلك لأن[٢] قرابة الأم لها مدخل في الميراث فرجح بها ولا مدخل لها في الولاية فلا تقتضي[٣] الترجيح.

* * *

(١) في ب: زوج.
(٢) في أ: ولأن.
(٣) في ب: يقتضي.

* * *

من مسائل النكاح

المسألة السادسة والعشرون بعد المائتين: ركو[١] .

إذا زوج ابنته الصغيرة بدون مهر المثل .

المذهب : يجب مهر المثل[٢] وإذا زوجها من غير كفؤ لم ينعقد[٣] .

عندهم : يجب المسمى ، وينعقد[٤] .

الدليل من المنقول :

لنا : . . .[٥] .

لهم : . . .[٦] .

---

(١) في ب وخاص أ = يا .

(٢) الوجيز ٢/ ٢٨ .

(٣) المهذب مع تكملة المطيعي (المجموع) ١٥/ ٧٥، والإفصاح ٢/ ١٢٢ .

(٤) الهداية مع البناية ٤/ ١٦٦ ، والإفصاح ٢/ ١٢٢ ، والجامع الصغير ص ١٣٩ ، والكتاب مع اللباب ٢/ ١٩٥ .

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه : «عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ قال : الثيب[١] أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها سكوتها»[٢] .

(٦) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه : «وعن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال : قال النبي ﷺ : **«تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا زواج عليها»** رواه الخمسة إلا ابن ماجه[٣] .

---

(١) في أ : البنت ، وهو خطأ .

(٢) مسلم في صحيحه في النكاح ، باب استئذان الثيب ٢/ ١٠٣٧ ، وفيه : الثيب ، والنسائي في سننه في النكاح : استئذان البكر في نفسها ٦/ ٨٤، بنحوه .

(٣) النسائي في سننه في النكاح : البكر يزوجها أبوها وهي كارهة ٦/ ٨٥، وفيه : فلا جواز عليها . =

الدليل من المعقول:

لنا:

عقد يتضمن[١] إضراراً فلا ينعقد عليها كما لو باع مالها بخساً[٢]؛ لأن العقد فوض إليه لينشئه[٣] وفق المصالح، وعدم الكفاءة ونقصان المهر يضاد المصالح ولو فعلت هي هذا رد عليها؛ ولأن ترد[٤] هي عليه أولى[٥] لأن يتصرف لها.

لهم:

البضع ليس مالاً حتى يقال ينزل[٦] عنه بما لا يساويه وغاية ما يقدر أنه امتنع عن تحصيل زيادة لها، ولعله راقب في ذلك مصلحة أخرى، وشفقته تحقق ذلك، ثم النكاح لم يقصد للمال، فالمال فيه تبع.

مالك: ف[٧].

أحمد: ف[٨].

---

(١) في ب: يضمن إضرار.
(٢) في ب: بخسا بأن.
(٣) في ب: لتشبه.
(٤) في ب وجـ: فلأن.
(٥) في ب: أولاً.
(٦) في أ: نزلا (أو ما يشبه ذلك).
(٧) القوانين الفقهية ص ١٣٦، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١١٠.
(٨) المغني لابن قدامة ٦/ ٤٩٧.

= وأبو داود في سننه في النكاح: باب في الاستئمار ٢/ ٥٧٣-٥٧٥، وفيه: فلا جواز عليها. والترمذي في جامعه في النكاح باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج ٣/ ٤١٧، وفيه: فلا جواز عليها.

التكملة:

ربما منعوا أنه يضر بها وأن المصلحة في رعاية الكفاءة والمهر فحسب[١]، وزعموا أن وراء ذلك مصالح، الولي أعرف بها، والجواب: أن الكفاءة ومهر المثل حيث شرعا كانا لابتغاء[٢] المصالح، ولذلك اعترض عند فواتهما[٣]، ولعمري أن الأب ولي ابنته لكن في تحصيل ما ليس لها أما تفويت مالها فلا[٤]، ألا ترى أنه ينهب[٥] ويفعل[٦] الوصية لها ولا يهب ولا يعتق مالها (كذلك ما نحن فيه يضر بها[٧]، فلا تملكه)، ويمكن أن نقول: المهر مقابل[٨] المال ومنفعة البضع مال، وإن سلمنا أنه غير تفويت[٩] فهو يحصل لما تيسر تحصيله من غير ضرر ولا غرر[١٠]، وذلك واجب على الولي كما إذا طلب مالها بأكثر من ثمن المثل، فإنه لا يصح، فإن قالوا: هذا فوات يعود إلى بدل، فإنه ما فعل ذلك إلا وقد رأى في الزوج مصالح توفي على مهر المثل، والجواب رعاية مثل ذلك لا يوقف[١١] الأحكام عليه بل يراعى[١٢]

---

(١) في ب وجـ: بحسب.

(٢) في ب: لانتفاء.

(٣) في ب وجـ: فواتها.

(٤) في أ: كلا.

(٥) في ب وجـ: يهب.

(٦) في أ: يعقل.

(٧) في ب وجـ: كذلك ما لحق فيه مضرتها فلا يملكه.

(٨) في أ: مقابل لمال.

(٩) في ب: تقريب، وفي جـ: تقرب.

(١٠) في ب وجـ: ولا غير ذلك.

(١١) في أ: يرتب.

(١٢) في ب: تراعي، وفي جـ: نراعي.

=

ما جعله الشرع مصلحة ولهذا لو خالع زوجة الصبي الشوهاء على أضعاف مهرها لم يجز .

الحرف الخاص بالمهر أنه عندنا مقصود بالعقد وعندهم تابع ، والحرف العام أن عندنا فيه ضرر خلافًا لهم .

* * *

= **هوامش هذه المسألة :**

من الصور إذا زوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل[١] .

* * *

(١) الوجيز ٢/ ٢٨ .

المسألة السابعة والعشرون بعد المائتين: ركز[١] .

الولي الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة .

المذهب: الحاكم نائب الأبعد ولا تنتقل الولاية إلى الأقرب داراً[٢] .

عندهم: ينتقل الولاية إلى الأبعد[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا[٤]: . . .

---

(١) في ب وخاص أ = يب .

(٢) مختصر المزني ص ١٦٥ ، والمنهاج مع مغني المحتاج ٣/ ١٥٣ ، وروضة الطالبين ٧/ ٥٨ ، ٦٩ ، وحلية العلماء ٦/ ٣٣٤، والإفصاح ١/ ١٢٢ .

(٣) في أ: الأقرب، وانظر في الحكم: تحفة الفقهاء ٢/ ١٥١ ، والمختار مع الاختيار ٣/ ٩٦ ، والكتاب مع اللباب ٢/ ١٩٣ ، ونسبه في الإفصاح للحنفية والمالكية والحنابلة ٢/ ١٢٢ .

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أغ ونصه ما يلي : «عن الزهري عن عروة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال: «**أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما، وأيما رجل باع بيعًا من رجلين فهو للأول منهما**»، رواه الخمسة وحسنه الترمذي[١]، وخطب المغيرة بن شعبة امرأة هو أولى الناس بها فأمر رجلاً[٢] فزوجه[٣] .

---

(١) أبو داود في سننه في النكاح: باب إذا أنكح الوليان ٢/ ٥١ ، والترمذي في جامعه في النكاح، باب ما جاء في الوليين يزوجان ٣/ ٤١٨ ، ٤١٩ ، وحسنه، والنسائي في سننه في البيوع: الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ٧/ ٣١٤، وأحمد في مسنده ٥/ ٨ ، ١٨ ، ونسبه المنذري في مختصر سنن أبي داود ٣/ ٣٥، إلى ابن ماجه، وقال المنذري: وقد قيل: إن الحسن لم يسمع من سمرة شيئًا، وقيل: إنه سمع منه حديث العقيقة .

(٢) في أ: رجل، وهو خطأ .

(٣) البخاري في صحيحه في النكاح، باب إذا كان الولي هو الخاطب ٦/ ١٣٣ .

لهم: . . . [١] .

الدليل من المعقول:

لنا:

الأقرب داراً محجوب عن الولاية بالأقرب[٢] نسباً، وهو باق فبقي الحجب؛ لأن العلة القرابة وأهلية النظر وتمكن[٣] الانتفاع بالمراسلة وإن[٤] خيف الفوات بالسلطان[٥]، والدليل على بقاء ولايته: بقاء سببها وهي القرابة الباعثة على النظر ويتأيد بما لو زوجها حيث هو وبما لو كان له وكيل حاضر.

لهم:

زالت ولاية الأقرب نسباً فانتقلت إلى الأقرب داراً كما لو مات أو جن، الدليل على الزوال أن الولاية تراد للنظر وقد فات وليس المعتبر أهلية النظر بل انتفاع المرأة به وهذا[٦] المطلب قد فات فصار كفوات الأهلية ثم ثبوت الولاية لهما يرجح[٧] الأقرب داراً.

---

(١) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «إذا غاب الأقرب من الأولياء غيبة منقطعة قال أبو حنيفة ومالك وأحمد: تنتقل الولاية إلى الأبعد من الأولياء، وقال الشافعي: تنتقل إلى السلطان، والغيبة المنقطعة عند أحمد ألا تصل القافلة إليه ولا مرة في السنة، وقال بعضهم: حدها ما تقصر فيه الصلاة»[١] .

(٢) في ب وجـ: فالأقرب.

(٣) في ب: ويمكن.

(٤) في ب وجـ: فإن.

(٥) في ب: فالسلطان.

(٦) في ب وجـ: هذا هو المطلب وقد فات.

(٧) في ب: ترجح.

---

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٢٢ .

مالك[١] :

أحمد : ف[٢] .

التكملة :

لهم في طرفي ولاية المال منع، وإن سلموا فعذرهم أنه يمكن نقله بسهولة، بخلاف المرأة، فإنها تحتاج إلى محرم ومراعاة مصالح البضع أكثر من مراعاة مصالح المال، ومنهم من يسلم بقاء ولاية الأقرب نسبًا وندعي[٣] أيضًا ثبوتها[٤] للأقرب دارًا أونفرض[٥] كما[٦] لو غاب الأب والجد حاضر[٧] فإن قرابة الجد ثابتة، وإنما يفضل[٨] الأب إذًا بالأكملية فإذا غاب فات هذا القدر، وقابل ضرر غيبته نفع الأكملية، الجواب: بالجملة منع انقطاع نظره، فإن أهلية النظر كاملة قائمة والباعث على النظر تام[٩] ، وإن عرضت[١٠] حاجة حاقة[١١] ، فالحاكم يزوج، قالوا: احتمال تزويجه إياها في الغيبة أمر بعيد. الجواب: الاحتمالات البعيدة لا تعتبر في إثبات الأحكام ابتداء أما

---

(١) القوانين الفقهية ص ١٣٤ .

(٢) هداية أبي الخطاب ١/ ٢٤٩ ، والمغني ٦/ ٥٧٨ .

(٣) في ب وجـ : يدعي .

(٤) ثبوتها سقطت من أ .

(٥) في ب : وفرض .

(٦) في ب وجـ : «فيها» بدل «كما» .

(٧) في أ : الحاضر .

(٨) في أ : تفضل .

(٩) في ب وجـ : يلزم .

(١٠) في ب وجـ : فرضت .

(١١) في أ : حافة .

بقاؤها دوامًا فيعتبر فيه كل احتمال وإن بعد، (والفارق[1] أن الحكم في الابتداء على النفي)، فيحتاج في إثباته إلى أركانه وشرائطه أما الثابت[2]، فالأصل بقاؤه، والعضل لازم لهم جدًا[3] من جهة أنه يزوجها الحاكم، ولا ينتقل إلى البعيد النسب إذا عضلها القريب النسب.

* * *

(١) في ب وجـ: والعارف إذا تحكم في الابتداء على الغي.

(٢) في ب وجـ: الثالث.

(٣) في ب وجـ: حدا.

هوامش هذه المسألة:

يستحب أن يشاور الحاكم عصباتها[1].

أقل الغيبة فرسخ[2].

قال أبو حنيفة: من البصرة إلى الرقة[3]، وقيل: من بغداد إلى الري[4]، وقيل: الموضع الذي لا يجيء منه القفل في السنة غير مرة[5].

قال أبو إسحاق: يرد الحاكم العقد إلى أقرب عصباتها ليخرج من الخلاف[6].

* * *

(١) تكملة المجموع ١٥/ ٥٥.

(٢) في أ: فرسخا.

(٣) المهذب مع تكملة المجموع للمطيعي ١٥/ ٥٥، والمغني ٦/ ٤٧٩.

(٤) تحفة الفقهاء ٢/ ١٥١، والمغني ٦/ ٤٧٩.

(٥) المهذب مع تكملة المجموع للمطيعي ١٥/ ٥٥، وتحفة الفقهاء ٢/ ١٥١، والمغني ٦/ ٤٧٨، والهداية مع البناية ٤/ ١٤٨، والنتف ١/ ٢٧٣، وهداية أبي الخطاب ١/ ٢٤٩.

(٦) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٥٣-٥٥، وحلية العلماء ٦/ ٣٣٥، وفيه، وقيل: يقدر مائة وخمسين فرسخًا.

المسألة الثامنة والعشرون بعد المائتين: ركح[١] .

إذا زوج أحد الأولياء من غير كفء .

المذهب: لا ينعقد في قول، وينعقد غير لازم في قول[٢] .

عندهم: ينعقد ويلزم[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٤] .

لهم: . . .[٥] .

---

(١) في ب: يج، وكذا في خاص أ.
(٢) روضة الطالبين ٧/ ٨٤، والوجيز ٢/ ٨، والمحرر للرافعي ق ٩١ خ.
(٣) التنف ١/ ٢٩٢، والهداية ١/ ٢٠٠.
(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «إذا زوجها بعض الأولياء بغير كفء يرضيها فقال مالك والشافعي وأحمد في إحدى روايتيه: لا يبطل النكاح ولبقية الأولياء الاعتراض، وقال أبو حنيفة: يسقط حقهم»[١] .
(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «عن عقبة[٢] بن عامر رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**إن أحق ما أوفيتم من الشروط ما استحللتم به الفروج**»[٣]، . . . . =

---

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٢٢.
(٢) هو عقبة بن عامر بن عبس الجهني، أبو أسيد، الأمير بمصر ولي مصر لمعاوية ثم عزله وولاه غزو البحر، وكان مقرئًا فصيحًا مفوهًا من فقهاء الصحابة، مات سنة ثمان وخمسين من الهجرة، كان من أصحاب الصفة ومن الرماة.
(انظر: العبر ١/ ٤٥، وكتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٥٥، وطبقات ابن سعد ٤/ ٣٤٣، ٣٤٤، وسير أعلام النبلاء ٢/ ٤٦٧، والتاريخ لابن معين ٢/ ٤٠٩، وكتاب الجرح والتعديل ٦/ ٣١٣، وتقريب التهذيب ٢/ ٢٧).
(٣) **البخاري في صحيحه في النكاح: باب المهر بالعروض وخاتم من حديد ٦/ ١٣٨، ومسلم في صحيحه في النكاح: باب الوفاء بالشروط في النكاح ٢/ ١٠٣٥-١٠٣٦، وكلاهما بنحوه.**

الدليل من المعقول:

لنا:

الحق متعدد فإسقاط أحد المستحقين لا يوجب إسقاط الآخر كالشفعة والقصاص؛ لأن السبب هو الأخوة مثلاً، وكل أخ يدلي[1] بأخوة كاملة، وليس يقف كمال أخوته على أخ آخر فهي عقد تضمن[2] ضرراً لسائر الأولياء، فوجب ألا يلزم قياساً على ما لو عضل[3] الولي، فزوجها الحاكم، فإن للعاضل[4] الفسخ.

لهم:

عقد صدر من ولي كامل الولاية، فوجب أن يلزم كما لو انفرد، دليل ذلك أن الحق لا يتجزأ[5]، فلا يثبت بعضه كالإيمان.

= وعن سهل[1] بن سعد رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال للرجل: «تزوج ولو بخاتم من حديد»[2].

(١) في ب: تالي.

(٢) في ب: يضمن.

(٣) في ب وجـ: عضد.

(٤) في ب وجـ: للعامل.

(٥) في ب وجـ: لا يتجزى.

---

(١) هو: سهل بن سعد بن مالك الساعدي الأنصاري، أبو العباس، كان اسمه: «حزنا»، فسماه رسول الله ﷺ سهلاً، مات بالمدينة سنة إحدى وتسعين، وقد قيل: سنة ثمان وثمانين، وقد قارب المائة، وهو آخر من مات بالمدينة من الصحابة.

(انظر: العبر ١/ ٧٩، وكتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٢٥، والجرح والتعديل ٤/ ١٩٨، وسير أعلام النبلاء ٣/ ٤٢٢).

(٢) البخاري في صحيحه في النكاح: باب المهر بالعروض وخاتم من حديد ٦/ ١٨، ومسلم في صحيحه في النكاح: باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد ٢/ ١٠٤٠ـ١٠٤١.

مالك[١] :

أحمد[٢] :

التكملة :

يلزمهم على أصلهم إذا زوجت نفسها من غير كفء وأفهمه[٣] أن قطع النكاح أو دفعه ثابت للأخوة وفاقًا وكل[٤] واحد منهم على قولنا ولي لا الولي[٥] والمسألة فرع النكاح بلا ولي وسياق[٦] الكلام أنه[٧] لا يصح دون الولي، ثم[٨] الولي قد يتحد[٩] وقد يتعدد والمتعدد في حكم الولاية كالواحد لأن سبب الولاية واحد وهو الأخوة[١٠] مثلاً، وهذا الحق يضاف بكماله إلى كل أخ، ومقتضى القياس أن لا ينعقد إلا بهم جميعًا، وإن كان الزوج كفؤًا قالوا: هذا الممتنع لو كان منفردًا لامتنع العقد بامتناعه، وكذلك هذا الزوج لو كان منفردًا لصح العقد بتزويجه من غير كفء.

الجواب: هما وليان وقد تعارض فيهما[١١] سببا الفساد والصحة فسقطا إذ ليس أحدهما أولى بالاعتبار[١٢]، فبقي الأمر على ما كان أو يرجح جانب

(١) التفريع ٢/ ٣٥، قال: وإن زوجها من غير كفء لها لم يجر ذلك عليها.

(٢) مغني ابن قدامة ٦/ ٤٨٠.

(٣) في ب وجـ: وأفهم.

(٤) في ب: فكل.

(٥) في ب وجـ: إلا الولي.

(٦) في ب وجـ: ومساق.

(٧) في أ: أن لا يصح.

(٨) في ب وجـ: «من» بدل «ثم».

(٩) في ب وجـ: يحل.

(١٠) في أ: الأجر.

(١١) في ب وجـ: منهما.

(١٢) في ب وجـ: بالاختيار فيبقى.

الفساد حرمة الأبضاع والعذر[١] عن التزويج من الكفء كونه ينفرد به دون الآخر.

والجواب[٢] : أن المرأة إذا طلبت الكفء وجب على الكل الرضا حتى يعصي الممتنع وكل من لزمه الرضا في أمر[٣] معين استغني عن مراجعته كالشفيع يتملك[٤] الشقص من غير مراجعة المشتري؛ لأن الشرع ألزمه الرضا بثمن[٥] العقد، والحرف أن عندنا يثبت[٦] لكل واحد منهم حق كامل وعندهم الحق الواحد ثابت للجميع[٧] .

* * *

(١) في ب : والعقد.
(٢) في أ: الجواب.
(٣) في ب : من أمر معنى، وفي جـ : معنى.
(٤) في ب وجـ : بتمليك.
(٥) في ب وجـ : ثم.
(٦) في ب وجـ : ثبت.
(٧) في ب : للمجموع.

* * *

المسألة التاسعة والعشرون بعد المائتين: ركط[١] .

هل يزوج الولي مولاته من نفسه؟ .

المذهب: لا[٢] .

عندهم: نعم، ويكفي أن يقول: زوجتها من نفسي[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٤] .

لهم: . . .[٥] .

(١) في ب: يد (١٤)، وكذا في خاص أ.

(٢) المهذب مع المجموع (تكملة المطيعي) ١٥/ ٦٢ .

(٣) فتاوى البزازي مع الهندية ٤/ ١٢٠ ، والهداية ١/ ٢٠٢ .

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «للولي أن يزوج مولاته من نفسه وسواء كان الولاء بنسب أو ولاء أو حكم، له ذلك عند أبي حنيفة ومالك رضي الله عنهما، وقال الشافعي: لا يجوز له ذلك، لا بنفسه ولا بوكيله ولا يصح حتى يزوجه الحاكم، وقال أحمد: إن وكل غيره ليوجب له جاز لئلا يلي طرفي العقد لنفسه بنفسه»[١] .

(٥) بياض في ب وجـ، وفي أ بخط مغاير، ونصه: «عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: **«أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل باطل باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»** رواه الخمسة[٢] إلا النسائي وحسنه الترمذي وصححه غير واحد» .

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٢٢ ، ١٢٣ .

(٢) أبو داود في سننه في النكاح: باب في الولي ٢/ ٥٦٧ ، ٥٦٨ ، والترمذي في النكاح: باب لا نكاح إلا بولي ٣/ ٤٠٧ ، ٤٠٨ ، وحسنه، وأحمد في مسنده ٦/ ٦٦ ، ١٦٦ ، وقال العسقلاني في بلوغ المرام ص ٢٠٤ : وصححه أبو عوانة وابن حبان والحاكم، وابن ماجه في سننه في النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ، ورقم الحديث ١٨٧٩ .

الدليل من المعقول:

لنا:

أمانة شرعية فلا تثبت[(١)] في مظنة التهمة كالشهادة، فإن الشارع[(٢)] فوض العقد إلى الولي ليحتاط له بنظر تام، والمرء متهم فيما يعود إلى نفسه، وليس المحذور بخس[(٣)] حقها بل بخس[(٤)] حق الشرع من العقد الذي يشتمل على مصالح تدوم وتبقى[(٥)] ويتأيد بالوكيل[(٦)]، فإنه لا يشتري[(٧)] من نفسه.

لهم:

التعويل على أركان العقد من الأهلية والمحلية والصيغة ولا حادث إلا اتحاد[(٨)] العقدين وذلك غير مانع، فإن الشخص الواحد قد يضاف إليه أمران بسببين[(٩)] كالأخ من الأم إذا كان ابن عم يتأيد ببيع الأب مال الصغير في نفسه.

مالك: ف[(١٠)].

أحمد: يوكل من يزوجها منه ولا يتولاه بنفسه[(١١)].

---

(١) في ب: يثبت.
(٢) في ب وجـ: الشرع.
(٣) في ب: بحس.
(٤) في ب: بحس.
(٥) في أ: تبقا.
(٦) في ب وجـ: بالتوكيل.
(٧) في ب: يسري.
(٨) في ب وجـ: إيجاد.
(٩) في ب وجـ: بشين.
(١٠) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٩٨.
(١١) المغني لابن قدامة ٦/ ٤٧٠، في الرواية الثانية.

التكملة:

التزويج فعل شرعي والشرعي يثبت على مذاق الحسية[١]، والأفعال الحسية المتعدية ينقسم إلى ما يتعدى إلى مفعول واحد وإلى ما يتعدى إلى مفعولين، والأركان الفاعل والمفعول، وفي هذه المسألة يتحد[٢] الفاعل والمفعول، ويلزمنا على هذا أنه ينبغي أن يصح تزويج الوكيل من نفسه إذا كان من جهة الولي لأنه ما اتحد[٣] الفاعل والمفعول، فمن الأصحاب من قال: يصح، والجواز (أن التزويج[٤] صدر من الوكيل حسًا)، والموكل فاتم[٥] ، فكيف يضاف الفعل إلى الموكل وهو خلاف الحس وخلاف الشرع أيضًا؟! فإنه لو حلف لا يتزوج وتزوج[٦] وكيله لم يحنث والوكيل لو حلف لا يتزوج وتزوج بالوكالة حنث[٧] ، بقي علينا الأب، فإنه يبيع مال ابنه[٨] الصغير من نفسه وقد اتحد[٩] البائع والمبتاع. وهو عليهم أيضًا، فإنهم منعوا الوكيل أن يبيع من نفسه والتقصي عن عهدة إلزام الأب أن البيع وإن صدر من الأب حسًا فهو من الابن شرعًا، وذلك لمعنيين في حق الأب خاصة.

أحدهما: قياس البعضية، والآخر: الرفق[١٠] بالطفل.

---

(١) في ب وجـ: مدار الجسم.
(٢) في ب: يتخذ.
(٣) ب: اتخذ.
(٤) في ب: ألا يزوج من الوكيل، وفي جـ: أن لا يزوج صدر من الوكيل.
(٥) في ب وجـ: ثم.
(٦) في ب وجـ: وزوج.
(٧) في ب: حيث.
(٨) في ب: أبيه.
(٩) في ب وجـ: اتخذ.
(١٠) في أ: الرقيق.

والحرف أن النكاح عندنا حق الشرع لمصلحة عامة فاحتاج إلى تام[١] النظر ونظر المرء لنفسه تهمة[٢] .

وعندهم هو حق المرأة، فزوجها[٣] بالنيابة ويتزوج بالاستقال .

* * *

(١) في ب وجـ : تمام .
(٢) في أ : يعميه .
(٣) في ب وجـ : فتزوجها .

هوامش هذه المسألة :

من صور المسألة : أن يكون قاضيًا أو ابن عم والخلاف في ولاية الاستمار[١] .

* * *

(١) المهذب مع المجموع (تكملة المطيعي) ١٥/ ٦٢ .

المسألة الثلاثون بعد المائتين: رل[١] ٢٣٠:

هل يجبر السيد عبده على النكاح؟.

المذهب: أظهر القولين لا، ويجوز إجبار العبد الصغير والإماء[٢].

عندهم: يجبر الجميع[٣].

الدليل من المنقول:

لنا: ...[٤].

لهم: ...[٥].

الدليل من المعقول:

لنا:

بالغ عاقل فلا يجبر على النكاح كالحر، وتقريره أن البلوغ يتضمن أصل العقل، والذكورية تفيد[٦] كماله، وكمال العقل يناسب أهلية الاستقلال،

(١) في ب: يه (١٥)، وكذا في خاص أ.
(٢) الوجيز ٢/ ١٠، وروضة الطالبين ٧/ ١٠٢-١٠٣.
(٣) المختار مع الاختيار ٣/ ١٠٩.
(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «هل للسيد إجبار عبده الكبير في النكاح؟ فقال أبو حنيفة في المشهور عنه ومالك والشافعي في القديم: يملك ذلك، وقال الشافعي في الجديد وأحمد: لا يملك ذلك»[١].
(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «هل للمولى أن يزوج أم ولده بغير رضاها؟ فقال أبو حنيفة وأحمد: له ذلك، وقال الشافعي في أحد قوليه: ليس له ذلك، وعن مالك روايتان: أحدهما له ذلك، والأخرى ليس له ذلك»[٢].
(٦) في ب: يفيد.

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١١٧.
(٢) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١١٧-١١٨.

فالعقد حقه وهو من أهل مباشرته وغنمه له وغرمه[١] عليه والنفس التي بها صار ناكحًا غير مملوكة للسيد؛ لأنها ليست مالاً .

لهم :

ملك عينه[٢] ، فملك تزويجه كالأمة، تأثيره أن ملك الرقبة[٣] سبب ملك النكاح في حق الأمة؛ لأن النكاح يرد على العين أو ما هو في حكم العين، فالعبد ملك السيد والنكاح شرع لمصلحته فجاز انشاؤه لاصلاح ملكه كالأمة .

مالك : ف[٤] .

أحمد : ق[٥] .

التكملة :

ولاية الإجبار إما أن تثبت[٦] ابتداءً من جهة الشرع أو قياسًا على منصوص ولا نص ولا أصل يقاس عليه، فإن الملك ليس في معنى القرابة، وليس هذا تصرفًا منه لنفسه حتى ينزل منزلة بيع العبد وليس مستصلحًا ملكه إذ[٧] الصلاح بالوطء وهو غير مجبر عليه، بل هو قادر على الطلاق . لم يبق إلا مأخذ الولاية على الغير، ولا سبب إلا ملك الرقبة، فلابد من دليل على ملك الرقبة سبب هذه الولاية، ولا أصل يقاس عليه إلا الأمة، والفرق بين

---

(١) في ب: عرصه.

(٢) في ب: عمد وفي جـ عيبه.

(٣) في ب: المرتبة.

(٤) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٩٣ .

(٥) هداية أبي الخطاب ١/ ٢٤٨ .

(٦) في ب : يثبت.

(٧) في ب وجـ : إذا الصلاح.

الأمة والعبد أولاً لأنا[١] لا نسلم أنه يزوج[٢] الأمة لولاية[٣] الإجبار لكن بطريق التصرف في حق نفسه، فإن البضع ملكه فصار كالإجارة فمعقول[٤] النكاح على الأمة ملك المنفعة ومعقول[٥] النكاح على العبد إلزام ذمته المال وتحصيل ملك النكاح ليس له، وليس للسيد أن يلزم ذمة العبد[٦] مالاً ولذلك لا يجبره على الكتابة، وإن سلمنا أنه قبل[٧] الولايات لكن للسيد في الأمة ملك الرقبة وملك المنفعة.

* * *

(١) لأنا: ساقطة من أ.

(٢) في ب وجـ: تزوج.

(٣) في ب وجـ: بولاية

(٤) في ب وجـ: فمعقود

(٥) في ب وجـ: ومعقود.

(٦) في ب: للعبد.

(٧) في ب وجـ: قبيل.

هوامش هذه المسألة:

الفرض في الكبير.

* * *

لوحة ٥٨ من المخطوطة أ:

إذا كتب[1] إلى الولي: زوجني وليتك فقرأه الولي بحضرة شاهدين وقال: زوجتك لم ينعقد[2]. واعلم أن من تزوج[3] بامرأة حرم عليه أمهاتها على التأبيد وتحرم بنتها تحريم جمع إلا أن يدخل بها فتحرم بنتها[4] على التأبيد[5] وكل من يحرم[6] عليه تحريم[7] جمع يصح نكاحها في عدة من حرمت بسببها[8] إذا كانت الطلقة ثلاثًا[9]، والأمة إذا[10] قتلت نفسها أو قتلها[11] سيدها قبل الدخول سقط المهر[12]، وإن قتلت الحرة نفسها فلها المهر[13] أما إذا قتل الزوجة زوجها أو أجنبي استقر مهرها أمة كانت أو حرة، قال الاصطخري: إن كانت أمة سقط مهرها، لأن الأمة كالمتاع إذا تلف قبل القبض[14]، وبعض الأصحاب يقول: في الموت مثل ذلك وهذا ليس

(١) في أ: كنت.
(٢) روضة الطالبين ٧/ ٣٧.
(٣) في ب: يتزوج.
(٤) في ب: بامرأتين.
(٥) بنتها: سقطت من أ.
(٦) المهذب مع المجموع ١٥/ ١٠٦، وروضة الطالبين ٧/ ١١١، وحلية العلماء ٦/ ٣٧٤-٣٧٥.
(٧) في أ: حرم.
(٨) تحريم: سقطت من أ.
(٩) في ب وجـ: نسبتها.
(١٠) في ب: ثانيًا.
(١١) في ب: قبلت.
(١٢) في ب: قبلها.
(١٣) المحرر للرافعي ق ٩٦ خ، وتكملة المطيعي ١٥/ ٢٣٣، والهداية ١/ ٢١٦.
(١٤) تكملة المطيعي للمجموع ١٥/ ٢٣٣.

بصحيح؛ لأن الأمة في أحكام النكاح كالحرة يصح طلاقها وظهارها والإيلاء عليها، وإذا وطئ الأب جارية ابنه نظرت، فإن لم تحمل منه فلا يخلو أما إن يكون قد وطئها الابن أو لا[١]، فإن لم يكن وطئها فلا حد لشبهة الملك في مال الولد، وإن كان قد وطئها الولد[٢] ففي الحد وجهان، وأما المهر فيجب في الوجه الأول؛ لأن كل وطء يسقط فيه الحد للشبهة يجب فيه المهر وكل موضع سقط الحد ووجب المهر حرمت على الابن على التأبيد ولا تجب[٣] القيمة، لأن ملك الابن قائم، فأما إذا أحبلها فحكم الحد والمهر على ما سبق، وبقي الكلام في الاستيلاد وقيمتها وقيمة الولد، أما الاستيلاد فإن الولد حر، وهل تصير أم ولد؟ قولان: وجه كونها أم ولد أنها علقت منه بحر بحق الملك فصارت أم ولد كالوطء في ملكه، ويفارق الزوجة؛ لأنها حملت بمملوك.

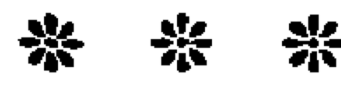
قال[٤] بعض الأصحاب: لا يتصور أن يتزوج الأب بجارية ابنه؛ لأن الابن يجب عليه أن يعف أباه فلا يجوز للأب أن يتزوج بجارية ابنه لوجود الطول، ومنهم من قال: يتصور بأن يكون للابن أمة يحتاج إليها لا غنى لخدمته[٥] به عنها ولا يملك غيرها ما يعف به أباه وكذلك إذا كان الأب صحيحًا فعلى أحد القولين لا يجب على الابن نفقته ولا إعفافه، فيجوز أن يتزوج بأمته على أن في إعفاف الابن قولين، وإذا وطئ الأمة حرم عليه أمها وبنتها على التأبيد كالحرة؛ لأن هذا وطء له حرمة يتعلق به لحوق النسب. من أحاط علمه أن بمدينة ما من يحرم عليه جاز له أن يتزوج من المدينة ولو

(١) في ب: أم لا.
(٢) في ب: الأب، وهو خطأ.
(٣) في ب: يجب.
(٤) في ب: فإن.
(٥) لخدمته: سقط من أ.

اختلطت هذه المحرمة بعدد محصور لم يجز[١] ، ويجمع بين الأختين في ملك اليمين لا في الوطء؛ لأنه يقصد بملك اليمين التمول، فإذا أراد وطء واحدة حرم[٢] الأخرى على نفسه ببيع أو كتابة أو عتق أو تزويج[٣] ، فإن رهنها لم يكف، وإن كان ممنوعًا من وطئها؛ لأن ذلك لحق المرتهن، وإذا تزوج له ابن امرأة لها بنت[٤] وبالعكس جاز أن يتزوج ولده من ولدها، فلو ولدت ولدًا كان أخوه مزوجًا بأخته، وإذا تزوج بامرأة جاز له أن يزوج[٥] ابنه بأمها[٦] .

مسألة: إذا قبل امرأة هل تحرم أمها وابنتها[٧] ؟ قولان: أحدهما لا تحرم[٨] ، (والثاني تحرم)[٩] وهو مذهبهم.

لنا : أنه لمس لا يوجب الغسل فلا يوجب تحريم المصاهرة كالنظر[١٠] إلى وجهها[١١] .



(١) الوجيز ٢/ ١١ ، والمهذب مع المجموع ١٥/ ١١٣ ، وروضة الطالبين ٧/ ١١٦ .
(٢) في ب: حرم عليه.
(٣) المهذب مع المجموع ١٥/ ١١٨ ، وروضة الطالبين ٧/ ١١٩ .
(٤) بنت: سقطت من أ.
(٥) في ب : يتزوج ابنة.
(٦) المهذب مع المجموع ١٥/ ١١٧ .
(٧) في ب: بنتها.
(٨) في ب : يحرم.
(٩) ما بين القوسين سقط من ب.
(١٠) في ب : بالنظر.
(١١) روضة الطالبين ٧/ ١١٣ ، وحلية العلماء ٦/ ٣٧٥ .



المسألة الحادية والثلاثون بعد المائتين: رلا[١] .

بأي لفظ ينعقد النكاح؟ .

المذهب: بالإنكاح والتزويج ومعناهما الخاص بكل لسان[٢] .

عندهم: ينعقد بهذا وبكل لفظ ينبئ عن التمليك[٣][٤] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً...﴾[٥] الآية، وجه الدليل أنه جعل الهبة خالصة للنبي[٦] ، والضمير في خالصة عائد إلى الهبة لا إلى الزوجة (فكون الزوجة)[٧] خالصة له قد استفيد من آية أخرى، وقال عليه السلام: «**استحللتم فروجهن**[٨] **بكلمة الله**»[٩] ألا وهي النكاح والتزويج.

---

(١) في ب: يو (١٦)، وكذا في خاص أ.

(٢) روضة الطالبين ٧/ ٣٦، وحلية العلماء ٦/ ٣٦٨، والوجيز ٢/ ٣، والمهذب مع التكملة ١٥/ ٩٥.

(٣) في أ: الملك.

(٤) تحفة الفقهاء ٢/ ١١٩، والهداية مع البناية ٤/ ١٨-١٩، والمختار مع الاختيار ٣/ ٨٣.

(٥) سورة الأحزاب، جزء من آية: ٥٠.

(٦) في ب وجـ: للشيء.

(٧) ما بين القوسين سقط من ب وجـ.

(٨) في أ: يزوجهن.

(٩) مسلم في صحيحه في الحج: باب حجة النبي ﷺ ٢/ ٨٨٩، وأبو داود في سننه في المناسك ٢/ ٤٦٢، وابن ماجه في سننه في المناسك: باب حجة رسول الله ﷺ ٢/ ١٠٢٥، وليس فيها: ألا وهي النكاح والتزويج.

لهم:

صحة نكاح[١] النبي عليه السلام بلفظ[٢] الهبة دليل على أن لفظ الإنكاح لا يعتبر، وروي أنه قال لأعرابي: «**ملكتكها بما معك من القرآن**»[٣].

الدليل من المعقول:

لنا:

النكاح عقد خاص شرع لحكم خاص وثمرة خاصة، فلا ينعقد إلا بلفظه الخاص به والنكاح لفظ لا ينعقد به البيع (فوجب أن لا ينعقد النكاح بالبيع)[٤]؛ لأن الأصل في الألفاظ أن تتحد[٥] دلالتها والمجاز فيها عارض.

لهم:

تصرف أمكن العقد[٦] بمجازه فلا يلغى[٧]، بيان الإمكان أنه كنى بالسبب عن المسبب، وذلك جائز لغة، وملك النكاح ملك منفعة، وملك البيع ملك رقبة، وبواسطة المنفعة نعمل[٨] به تصحيحًا لكلام العاقل أو

---

(١) في ب وجـ: لفظ.
(٢) في ب وجـ: لفظ.
(٣) مسلم في صحيحه في النكاح: باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن ٢/ ١٠٤١، بلفظ: «**اذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن**»، وقال المعلق في بعض النسخ: ملكتكها.
(٤) ما بين القوسين زيادة من ب وجـ.
(٥) في ب وجـ: أن يتجدد لالها.
(٦) في أ: العمل.
(٧) في أ: يكفي.
(٨) في ب وجـ: يعمل.

نجعله[١] حقيقة؛ لأنه تمليك في النكاح[٢] .

مالك : يوافق الخصم ويشترط ذكر المهر[٣] .

أحمد : ق[٤] .

التكملة :

معقود النكاح من أغمض[٥] ما يطلع عليه، وقد اضطربت فيه مسالك الفقهاء، وبالجملة ينطوي على مقاصد غريبة لا تعرب عنها العبارات الموضوعة لسائر العقود، والشرع نصب[٦] عبارتي التزويج والإنكاح وهما لا ينبئان عن مقصود على وضع اللغة وانعقد[٧] العقد بهما بتحكم الشرع، فما عداهما[٨] من الألفاظ لا يقوم مقامهما، غايته أن يكون[٩] مجملاً ومجازاً ولو جاز مثل ذلك جاز بلفظ الإجارة والإحلال[١٠] . وصحيح لفظ منقولهم: زوجتكها[١١] على أن الراوي لفظة ملكتكها[١٢] مطعون فيه، ونمنع

---

(١) في ب وجـ : فعله .

(٢) في ب وجـ : في النكاح ملك .

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٩٨، ونصه: ينعقد النكاح بلفظ الهبة، والبيع وكل لفظ تمليك يقتضي التأبيد دون التأقيت، والقوانين الفقهية ص ١٣١، وذكر المطيعي ذلك في تكملته ١٥/ ٩٧ .

(٤) المقنع مع المبدع ٧/ ١٧ـ١٨ .

(٥) في ب : أعمض .

(٦) في ب وجـ : سبب عياري .

(٧) في ب وجـ : والعقد العقد .

(٨) في ب: فيما .

(٩) في ب : غاية أن يكون محلاً ومكان أ، وفي جـ: محلاً ومكان .

(١٠) في ب : والإجلال .

(١١) في ب وجـ : درصلها .

(١٢) في ب : ملكتها، وفي جـ: ملتكها .

جريان[١] الملك في النكاح، ولا نقول: حكمه الحل اللازم على[٢] الزوجية الشرعية وكيف يقدر[٣] ملك الزوج[٤] المرأة والمنفعة مشتركة بينهما؟ فإن قالوا: عبر عن السبب بالمسبب، قلنا: المسبب الذي يعبر بالسبب عنه ينبغي أن يكون لازمًا للسبب أبدًا كالمطر مع السحاب وملك المنفعة دون ملك الذات أكثر وجودًا منه مع ملك الذات، فإذا بطل اللزوم بطل الاستعمال.

❊ ❊ ❊

(١) في ب وجـ: ويمتنع.
(٢) في ز: بل.
(٣) في أ: تعذر.
(٤) في ب: للزوج.

هوامش هذه المسألة:

قال أبو يوسف: إذا قال الولي: زوجت فلانة من فلان وبلغ الزوج فقبل صح[١].

قال أبو حامد: إذا عقد النكاح بالفارسية وهما يحسنان العربية لم ينعقد، وإن كانا لا يحسنان فوجهان[٢].

❊ ❊ ❊

(١) حلية العلماء ٦/ ٣٦٩.
(٢) حلية العلماء ٦/ ٣٧٠، والمهذب مع تكملة المطيعي ١٥/ ٩٨، وعزاه لأبي حامد.

المسألة الثانية والثلاثون بعد المائتين: رلب[١] .

نكاح الأخت في عدة الأخت البائن .

المذهب: يجوز ويجوز نكاح أربع سواها[٢] .

عندهم: لا يجوز شيء من ذلك[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

عموم قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾[٤] ، وقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم﴾[٥] ، وقوله تعالى[٦]: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾[٧]، وليس المحذور عليه العجز عن الانفاق[٨] ؛ لأنه يجوز أن يستكثر السراري لكن المحذور عليه العجز عن التحصين المستحق بالنكاح وقد زال بالطلاق[٩] هذا حجة في نكاح الأربعة سوى البائن[١٠] .

---

(١) في ب : يز ، وكذا في خاص أ .

(٢) الوجيز ٢/ ١١ ، والمهذب مع التكملة ١٥/ ١١٤ ، وروضة الطالبين ٧/ ١٢١ ، وحلية العلماء ٦/ ٣٨٢ .

(٣) الهداية مع البناية ٤/ ٧٠ ، وتحفة الفقهاء ٢/ ١٢٦ .

(٤) سورة النساء ، آية : ٢٤ .

(٥) سورة النساء ، آية : ٣ ، في ب : ما طاب لكم من .

(٦) «تعالى»: ساقطة من ب وجـ .

(٧) سورة النساء ، آية : ٣ .

(٨) في ب : لا يجوز .

(٩) في ب : باطلاق .

(١٠) في ب : التباين .

لهم:

قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾[١]، وقوله عليه السلام: «**ملعون ملعون من جمع ماءه في رحم أختين**»[٢].

الدليل من المعقول:

لنا:

المحرم الجمع[٣] بين الأختين نكاحًا ولم يوجد؛ لأن[٤] الطلاق أزال الحل وهي الآن انعدمت من قبل النكاح؛ لأنها تحتاج إلى محلل، ويتأيد[٥] بوجوب الحد عليه إذا وطئها، ثم المحرم الجمع ولم يفعل الجمع فإن بقي نكاح فمن فعل الله تعالى.

لهم:

تربص عن طلاق فمنع التزويج بأختها كالرجعية[٦]، ذلك لأن العدة من النكاح على معنى أن النكاح قائم من وجه، دليل ذلك أن عدة المتوفى[٧] حق النكاح، فإنها تجب حيث لا ماء ولا توهم ماء ثم الفراش قائم بدليل لحاق[٨] النسب وملك اليد باق.

---

(١) سورة النساء، آية: ٢٣.

(٢) ذكره في نصب الراية ٣/ ١٦٨ بلفظ: «**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يجمعن ماءه في رحم أختين**»، وقال الزيلعي: حديث غريب.

(٣) في ب: المجمع.

(٤) في ب وجـ: لأن هذا الطلاق.

(٥) في ب: ويتايد.

(٦) في أ: كالرخصة.

(٧) في أ: المتوفا.

(٨) في ب وجـ: إلحاق.

مالك : ق[١] .

أحمد : ف[٢] .

التكملة :

لهم منع بعيد في وجوب الحد وكيف يصح ولو وطئها بعد المحلل وجب الحد وهي أقرب إلى الحل[٣] والمأخذ بفرق[٤] معنى الآية المحرمة والجمع يستدعي مجموعًا[٥] ومجموعًا فيه وجامعًا، والنظر في المجموع فيه ولا يجوز أن يكون الوطء؛ لأنه لا يتصور، فإنه يتعاقب[٦] ، ولا الحبس، فإنه يجوز له نكاح أخت المستولدة وأخت المستبرأة[٧] فاتضح أن المجموع فيه النكاح ولا نكاح في حق المبتوتة وما تخيلوه من بقاء النكاح بالسكنى والحبس والنفقة غير صحيح، فليس النكاح شيئًا من ذلك ولو كان النكاح باقيًا لدرأ الحد ولو بشبهته[٨] . ثم حق الشيء لا يقوم مقام حقيقته بدليل أنها بعد العدة تبقى محرمة على ابن الزوج[٩] ، وأبيه وتدوم حرمة المصاهرة والعدة وجبت عندنا موجب[١٠] شغل الرحم بالماء وكذلك ثبتت[١١] بوطء

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٩٩.
(٢) هداية أبي الخطاب ١/ ٢٥٢، والمقنع مع المبدع ٧/ ٦٣ ـ ٦٤.
(٣) في ب وجـ : الحد.
(٤) في جـ: تفرق، وفي أ: تعرف.
(٥) مجموعًا: سقطت من ب وجـ.
(٦) في ب : معاقب.
(٧) في أ: المشتراة.
(٨) في ب وجـ : بشبهة.
(٩) في ب وجـ : على أبي الزوج وابنه.
(١٠) في ب وجـ : فوجب.
(١١) في ب وجـ : ولذلك تبينت بوطى.

الشبهة، وقدرت بالأقراء دون الأشهر بخلاف عدة الوفاة[١] ، فإن ادعوا أن المحرم للجميع[٢] الغيظ المفضي[٣] إلى قطيعة الرحم، لم نسلم[٤] لهم كل غيظ بل الغيظ الجاري في النكاح.

قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ﴾[٥] .

﴿وَلاَ تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم﴾[٦] .

﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إَلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾[٧] .

فالمحرمات أربعة عشر[٨]: بالنسب سبع بالرضاعة اثنتان[٩] ، بالصهر

---

(١) في ب وجـ : الوفا.

(٢) في ب وجـ : للجمع.

(٣) في ب وجـ : المقتضى.

(٤) لم: سقطت من أ.

(٥) سورة النساء، آية: ٢٣ .

(٦) سورة النساء، آية: ٢٢ .

(٧) سورة النساء، آية: ٢٣ .

(٨) هكذا في أ، والصواب أربع عشرة.

(٩) في أ: اثنتين، وهو لحن.

هوامش هذه المسألة:

القفال : كل امرأتين لو كانت إحداهما رجلاً لم يجز له نكاح الأخرى لم يجز الجمع بينهما في النكاح[١] .

---

(١) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ١١٤، والهداية ١/ ١٩٢ .

أربع، بالجمع واحدة[١] .

من أسرار الشرع أن الرجل يكون محرمًا لامرأة أبيه[٢] بعد البينونة، ولا يكون الأب محرمًا لها، وهذه حال الأب مع زوجة الابن تعجب[٣] منه القفال .

الإمامية: يجوز للرجل أن يتزوج المرأة على عمتها وخالتها بعد أن يستأذنها[٤] .

* * *

(١) المهذب وتكملة المجموع للمطيعي ١٥/ ٩٩-١٠١، والإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٢٨ .

(٢) في أ: ابنه .

(٣) في ب : يعجب منه النقال .

(٤) العروة الوثقى ٢/ ٨٣٠-٨٣١، وشرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٢/ ٢٨٨، وحلية العلماء ٦/ ٣٨١، وعزاه حكاية عن الخوارج والرافضة .

* * *

المسألة الثالثة والثلاثون بعد المائتين : رلج[١] .

المخلوقة من ماء الزنى .

المذهب : يحل له نكاحها[٢] .

عندهم : ف[٣] .

الدليل من المنقول :

لنا :

عموم الآية السابقة[٤] ، وقول النبي عليه السلام : «**الولد للفراش**»[٥] .

وقوله تعالى : ﴿**وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ**﴾[٦]، وجه الدليل أن النصف للبنت، وليس لهذه حق في الميراث .

---

(١) في ب : يح (١٨)، وكذا في خاص أ .

(٢) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ١٠٩-١١٣، وحلية العلماء ٦/ ٣٧٩ .

(٣) الهداية للمرغيناني ١/ ١٩٢، والإفصاح ٢/ ١٢٧ .

(٤) في ب : السالفة .

(٥) البخاري في صحيحه في البيوع : باب تفسير الشبهات .
ومسلم في الرضاع، باب الولد للفراش، وتوقي الشبهات ٢/ ١٠٨٠، رقم١٤٥٧ .
وأبو داود في سننه في الطلاق ٢/ ٧٠٣-٧٠٥ .
والنسائي في سننه، باب فراش الأمة ٦/ ١٨١ .
وابن ماجه في سننه في النكاح حديث ٢٠٠٤ .
والترمذي في جامعه في الرضاع : باب ما جاء أن الولد للفراش ٣/ ٤٦٣، وقال : حديث حسن صحيح .

(٦) سورة النساء، آية : ١١، وفي كل النسخ : «فإن كانت واحدة» بالفاء، وهو خطأ .

لهم :

قال الله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُم﴾[١] ، وهذه بنته حقيقة وبضعة[٢] بدليل قوله لفاطمة : «بضعة مني»[٣] فالبنت محرمة بنص الكتاب، وهي بوضع اللغة من يخلق من ماء الرجل، وخاطب العرب بعرفهم[٤]. والبنوة تعطي الاتصال كما يقال: ابن سبيل[٥] .

الدليل من المعقول :

لنا :

نكاح وجد[٦] من أهله في محله بشرائطه فتم، والمقدر[٧] مانعًا الآية المراد بها البنت[٨] شرعًا، ولو أوصى لبنات فلان لم تشاركهن[٩] بنت الزنية[١٠]، وكذلك لا تعتق[١١] عليه إذا اشتراها كما تعتق[١١] بنت الرشدة .

---

(١) سورة النساء، آية: ٢٣ .

(٢) في أ: وبعضه .

(٣) البخاري في صحيحه، فضائل الصحابة: باب مناقب قرابة الرسول ﷺ ٤/ ٢١٠، ومسلم في صحيحه، فضائل الصحابة: باب فضائل فاطمة بنت النبي ﷺ ٤/ ١٩٠٢-١٩٠٣، والبضعة: قطعة اللحم، وأبو داود في النكاح: باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ٢/ ٥٥٨ .

(٤) في أ: لعرفهم .

(٥) في ب : ابن السبيل .

(٦) في ب وجـ : يوجد .

(٧) في ب : والمقدور .

(٨) في ب : الثيب .

(٩) في ب : لم يشاركهن .

(١٠) في ب: الدنية .

(١١) في ب: لا يعتق .

لهم:

المحرم في حق البنت[١] البعضية لما[٢] في النكاح من الإذلال، ويحرم على المرء أن يرق نفسه، وذلك معنى مناسب، ولهذا لم يملك أولاده في ملك اليمين[٣]، وثبت[٤] حرمة الرضاع لما فيها من بعضية، والمعتبر ما أنشز[٥] العظم، فعلة التحريم الرضاع[٦]، ولا نسب كذلك هاهنا (ولا يحرم نسب ذلك للبعضية)[٧].

مالك: ق[٨].

أحمد: ف[٩].

التكملة:

البعضية[١٠] لا تناسب التحريم، فإن النكاح لا ملك فيه ولا ذل، (بل هو متعة[١١]، وإلذاذ، وفيه معنى التحصين)، ولو كان فيه ذل لمنع في حق الأجنبي، وإن كان لابد منه فأجزاء الإنسان أولى باحتمال إذلاله، ثم عليه

---

(١) في ب: الثيب.
(٢) في ب: كما.
(٣) في ب: الثمن.
(٤) في ب: وثبتت.
(٥) في ب: الشر.
(٦) في ب: الضياع.
(٧) في ب: تحرمًا ولا نسب ذلك للبغضية.
(٨) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠١.
(٩) المبدع ٧/ ٥٦، والمغني ٦/ ٥٧٨.
(١٠) في ب وجـ: القضية.
(١١) في ب: بل هومنفعة والمراد منه معنى التخصيص.

امتناع نكاح بنت الرشدة النسب[١] ، فإنه يقتضي رفع الحجاب والتربية فتحصل شفقة[٢] توجب انحباس الشهوة[٣]، ثم لو حلت[٤] له لامتد طرفه إليها وخيف الفتنة من ذلك فكان النسب[٥] منافيًا لشرع النكاح، فهذه[٦] المعاني ولعن[٧] ناكح يده[٨] إنما كان؛ لأنه يسفح ماءه لا للحرمة والبعضية كما زعموا، وثبوت نسبها من الأم مشكل علينا وعليهم؛ لأنه سبب الإرث والنفقة وسائر الأحكام بعد قيام الزنى، والعذر عنه أن مناط النسب البعضية المحسوسة أو[٩] المستندة إلى سبب شرعي وهي من جانب الأم محسوسة، وكذلك تبع[١٠] الولد الأم رقًا وحرية، (فالمعتبر من جانب الأم الفراش ومن جانب الأم المحسوس)[١١] .

* * *

(١) في ب: الرشيد بالنسب.
(٢) في ب: شفعة.
(٣) في ب وجـ : السوه.
(٤) في ب: خلت.
(٥) في ب وجـ : السبب.
(٦) في ب وجـ : بهذه.
(٧) في ب وجـ : ولعنة.
(٨) الحديث لا أصل له. نصه: «ناكح اليد ملعون» ذكره في كشف الخفاء ومزيل الإلباس ٢/ ٤٠١، وقال: قال الرهاوي في حاشية المنار: لا أصل له، والأسرار المرفوعة لملا علي القاري ٢ ٥٦٩، تحقيق محمد الصباغ.
(٩) في ب: إذ المستند، وفي جـ: إذ المستندة.
(١٠) في ب: مع الولد للأم، وفي جـ: مع الولد الأم.
(١١) هذه العبارة في ب وجـ، هكذا: «فالمعتبر من جانب الأم الفراش ومن جانب الأب المحسوس».

* * *

المسألة الرابعة والثلاثون بعد المائتين: رلد[١].

يوجب الزنى حرمة المصاهرة.

المذهب: لا[٢].

عندهم: نعم[٣].

الدليل من المنقول:

لنا:

قال الله تعالى: ﴿**وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ**﴾[٤]، وجه الدليل أنه قال ذلك بعد عد[٥] المحرمات وليس المتنازع[٦] فيه منهن[٧]، فإن أبدوا محرمات ليس[٨] في الآية، فذلك تخصيص النص ولا يمنع[٩] الاحتجاج بالباقي.

لهم:

قال الله تعالى: ﴿**وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم**﴾[١٠]، وجه الدليل تناول لفظ النكاح الحلال والحرام

---

(١) في ب: يط (١٩)، وكذا في خاص أ.

(٢) تكملة المطيعي للمجموع ١٥/ ١١٠، وروضة الطالبين ٧/ ١١٣، وحلية العلماء ٦/ ٣٧٦.

(٣) تحفة الفقهاء ٢/ ١٢٤، والمختار مع الاختيار ٣/ ٨٨، والهداية ١/ ١٩٢.

(٤) سورة النساء، آية: ٢٣.

(٥) في ب وجـ: عدم.

(٦) في ب وجـ: المشاع.

(٧) في ب وجـ: منهي.

(٨) الصواب: ليست.

(٩) في ب وجـ: يمتنع.

(١٠) سورة النساء، آية: ٢٢، وفي ب وجـ: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾.

الدليل من المعقول:

لنا:

حرمة[١] المصاهرة وصلة شرعية فلا تعلق على الزنى[٢] كالنسب، ذلك لأن بها تنسج[٣] الأنساب ويحصل التعاضد وذلك نعمة لا يقتضي تعليقها على الزنى فهو وطء بمحض عدوانًا، فلا يثبت حرمة المصاهرة كما لو كان بصغيرة أو في غير[٤] المأتى.

لهم:

الوطء سبب البعضية فأوجب[٥] حرمة المصاهرة، ذلك لأنه يوجب اختلاط الماءين[٦] والبعضية تقتضي الحرمة وتنافي الرق.

مالك: ق[٧].

أحمد: ف[٨]. وإذا لاط بغلام حرم عليه بنته وأخته[٩].

التكملة:

إن قيل: لم أثبتم[١٠] المصاهرة بوطء[١١] الشبهة؟ قلنا: لأن الله تعالى

---

(١) في ب وجـ: جهة.

(٢) في ب وجـ: على النساء.

(٣) في ب: تنسح.

(٤) في ب: عين.

(٥) في ب: فأثبت.

(٦) في أ وب: المايين، وكذلك في جـ.

(٧) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠١.

(٨) المغني لابن قدامة ٦/ ٥٧٦.

(٩) المغني لابن قدامة ٦/ ٥٧٧-٥٧٨، وحلية العلماء ٦/ ٣٧٧، وذكره زيادة لأحمد.

(١٠) في ب: أتيتم.

(١١) في ب وأ وجـ: بوطي.

جمع بين النسب[١] والصهر وثبت[٢] النسب إجماعًا فثبت الصهر، إن منعوا العدوانية زعموا[٣] أن هذا الوطء مباح من حيث أنه حرث في محله المقتضيه[٤]، وهي الأنوثة، وإنما حرم من خوف اختلاط المياه وانتفاء الولاية عن المحل فصار كالاصطياد بفرس الغير[٥] والصلاة في دار الغير، ووجب الحد لا لذات الوطء بل لصفته وكونه في ملك الغير، فالجواب مطالبتهم بالسبب المبيح قولهم هي[٦] محل الحرث (قلنا جعلنا بين لبحث الحرث)[٧] أو ليمكن إن زعموا الوجوب لم يجدوا إليه سبيلاً إلا بالعود إلى مسألة التحسين والتقبيح، وإن زعموا الإمكان مسلم لكن يفتقر إلى دليل في ثبوته، ولنا أن نمنع الجزئية بين الوالد والولد وما هي إلا فضلة مستحيلة انفصلت منه كسائر الفضلات أجرى الله سننه بخلق الولد منها، وإن سلم في الولد فكيف يدعى في الأبوين وهما شخصان منفصلان؟.

---

(١) في ب وجـ: النسبة.
(٢) في ب وجـ: ثم ثبت.
(٣) في ب وجـ: وزعموا.
(٤) في ب: المقتضية.
(٥) في ب: بقوس.
(٦) في ب وجـ: هو.
(٧) ساقطة من أ.

هوامش هذه المسألة:

قال زيد: أمهات النساء يحرمن بالدخول أو بالموت وكذلك الربائب[١].

قال داود: إنما تحرم الربيبة إذا كانت في حجره وكفالته[٢].

---

(١) حلية العلماء ٦/ ٣٧٤، والمغني لابن قدامة ٦/ ٥٧٠.
(٢) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٠، وعزاه لداود، والمغني ٦/ ٥٦٩، وحلية العلماء ٦/ ٣٧٥.

مذهب علي وقول مجاهد: أن أمهات النساء يحرمن بالدخول بالنساء كما تحرم الربائب بالدخول بالأمهات[١].

الإمامية: من زنى بامرأة لها بنت حرم عليه نكاحها، وإن فارقها البعل[٢]، وكذلك إن كانت في العدة[٢]، ولو عقد على امرأة معتدة وقد علم بذلك لم تحل له أبداً[٣].

* * *

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٠، وعزاه لعلي، والمغني ٦/ ٥٦٩، وحلية العلماء ٦/ ٣٧٤.
(٢) العروة الوثقى ٢/ ٨١٤.
(٣) العروة الوثقى ٢/ ٨١٤-٨١٥.

* * *

المسألة الخامسة والثلاثون بعد المائتين: رله[١] .

إذا استولد الأب جارية ابنه[٢] .

المذهب: لزمه المهر والقيمة[٣] .

عندهم: تلزمه القيمة دون المهر[٤] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٥] .

لهم: . . .[٦] .

الدليل من المعقول:

لنا:

وطء[٧] في ملك الغير، فيلزمه الضمان كما لو لم تحبل[٨] ، ولو وطئ

(١) في ب: كـ (٢٠)، وكذا في خاص أ.

(٢) في أ: أبيه، وهو خطأ.

(٣) المحرر للرافعي ق ٩٥ خ، وروضة الطالبين ٧/ ٢٠٨ .

(٤) الجامع الصغير ص ١٥٥ ، والهداية ١/ ٢١٧ ، ورؤوس المسائل ص ٣٨٤ .

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «هل للأب أن يتزوج أمة ابنه؟ فقال مالك والشافعي وأحمد: لا يجوز له ذلك، وقال أبو حنيفة: يجوز[١]، واتفقوا على أنه لايجب على الأب الحد بوطء جارية ابنه»[٢] .

(٦) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «وإذا وطئ جاريته المزوجة فهل عليه الحد أم لا؟ فقال أبو حنيفة ومالك: لا حد عليه، وعن أحمد روايتان: إحداهما[٣] لا حد عليه والأخرى عليه الحد»[٤] .

(٧) في ب وجـ : وطئ ملك الغير.

(٨) في ب: كما لو نحيل.

(١) في أ: تجوز.

(٢) الإفصاح ٢/ ١٣١ .

(٣) في أ: أحدهما، وما أثبته هو ما في الإفصاح.

(٤) الإفصاح ٢/ ٢٤٠-٢٤١.

أحد الشريكين الجارية المشتركة، فإنه يجب نصف المهر ونصف القيمة، وذلك لأن الوطء[١] في ملك الغير لا يخلو عن ضمان زجراً[٢] (وجبر عقر[٣] أو عقوبة)، وملك الولد معصوم بالإسلام والدار[٤].

لهم:

الـوطء[١] واقع في ملكه بدليل ثبوت النسب، فإن النسب لا يمكن إثباته دونه، ولولاه[٥] كان حراماً ولم يثبت النسب، نعم لم يجب عند عدم الإحبال لقوله: «**أنت ومالك لأبيك**»[٦]، (أما أحد الشريكين)[٧]، فالاستيلاء حاصل بالملك في (نصيبه[٨] ثم سرى) إلى نصيب شريكه بالقيمة، فهو فعل أوجب ضمان الكل، فلا يوجب ضمان الجزء كقطع[٩] اليد إذا سرى.

مالك[١٠]:

أحمد[١١]:

---

(١) في كل النسخ الوطى.
(٢) في ب: جبرا.
(٣) في أ: وخبر عفرا عقوبة.
(٤) في ب وجـ: أو الدار.
(٥) في ب: ولأنه.
(٦) أخرجه ابن حبان كما في التلخيص الحبير ٣/ ١٨٩، وقال ابن حجر: قال الدارقطني في الأفراد: غريب من حديث يوسف.
(٧) في ب وجـ: أما أخذ الثمن لكن.
(٨) في ب وجـ: نصفه ثم سرى.
(٩) في ب: لقطع اليد إذا شرى.
(١٠) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٣.
(١١) المغني ٦/ ٦١١-٦١٢.

التكملة:

المصحح للسبب في حق التمليك أن له أن يتملك الجارية متى شاء وذلك مخرج[١] الفعل عن العدوانية[٢] المحضة فيثبت النسب ولا يلزم حل وطء الابن لأن له حقيقة الملك[٣]، فإن قالوا: ضمان الجزء داخل في ضمان الكل لم نسلم أن الفائت[٤] بالوطء من المضمون بالقيمة بل القيمة بدل الذات والمهر بدل منفعة البضع، وكيف يستقيم القياس على سراية القطع، ولو قطع غيره ثم حز رقبته لم تجب[٥] إلا دية واحدة، ولو وطئها ثم قتلها[٦] وجب المهر والقيمة؟! وبالجملة يقولون: الاستيلاء قد صح ولا يصح إلا في ملكه، وطريقه[٧] تملك الجارية عند الاستيلاء صيانة لجزئه والاستيلاء بالوطء، فأثبتنا الملك قبل الاستيلاء ليخلق الولد حراً.

والجواب: أن التمليك والاستيلاء يكفي فيه قوله[٨] عليه السلام: «**أنت ومالك لأبيك**»[٩]، فلا حاجة إلى هذه التعذرات.

* * *

---

(١) في ب وجـ: يخرج.
(٢) في ب: العدولية.
(٣) الملك: ساقطة من ب وجـ.
(٤) في أ: الثابت.
(٥) في ب وجـ: يجب.
(٦) في ب: قبلها.
(٧) في ب وجـ: فطريقه.
(٨) في ب: لقوله.
(٩) سبق ص ٨٦.

* * *

لوحة ٥٩ من المخطوطة أ :

نقيس في نكاح الأمة على ما إذا كان تحته حرة والعلة كونه مرق[١] ولده، قالوا: إنما لم يجز في الأصل لقوله عليه السلام: «**لا[٢] تنكح الأمة على الحرة**»[٣]، وليس ذلك معللاً بالإرقاق[٤] بل بسبب آخر، وهو أن الرق مؤثر في تنصف[٥] حقوق الرقيق، ظهر ذلك في حق العبد حتى لا ينكح إلا اثنتين، فالأمة[٦] لم يمكن تنصف[٧] الزوج فنصف بالأحوال. وقلنا: تحل لمن ليس تحته حرة[٨] وصار كالعبد المشترك لما لم يمكن[٩] توزيع ذاته على مواليه وزع بينهم بالزمان، وهذه العلة لا تتقاصى[١٠] خوف العنت وفقد الطول، وهذه العلة مؤثرة؛ لأنها ظهرت في قسم الأمة، والعلة المؤثرة أولى من غيرها، والجواب: أن ما يتضمن التنصيف لا حصر له إذ يجوز أن ينكح العبد دون الأحرار ومن هو أكبر سنًا منها دون من هو أصغر إلى غير ذلك،

---

(١) الصواب: كونه مرقًا ولده، بنصب (مرقا) خبر لكون، وإن كانت في أ، ب (مرق).

(٢) في ب: لا ينكح.

(٣) البيهقي في سننه في النكاح: باب لا تنكح أمة على حرة وتنكح الحرة على الأمة ٧/ ١٥٧، عن جابر بن عبد الله، وقال: هذا إسناد صحيح، وعبد الرزاق في مصنفه ٧/ ٢٦٨، عن الحسن بلفظ: نهى رسول الله ﷺ أن تنكح الأمة على الحرة، وابن أبي شيبة في مصنفه في النكاح ٤/ ١٤٨، عن الحسن.

(٤) في أ: كالإرقاق.

(٥) في أ: صنف.

(٦) في أ: والأمة.

(٧) في أ: تنصيف.

(٨) حرة: سقطت من أ.

(٩) في ب: يكن.

(١٠) في ب: تتقاضى.

فلم اقتصر في التنصيف على ما ذكرتم؟!

مسألة: النظر إلى الفرج لا يوجب حرمة المصاهرة[١] خلافًا له[٢]، لنا: قوله عليه السلام وقد سئل عن الرجل يزني[٣] بالمرأة، أتحرم عليه أمها وابنتها؟ فقال: «**لا يحرم الحرام الحلال**»[٤] وللخصم خبر[٥] يوافق فتواه لكن يرويه حفص[٦] عن ليث[٧]، ....

(١) روضة الطالبين ٧/ ١١٤.

(٢) تحفة الفقهاء ٢/ ١٢٣، والبناية مع الهداية ٤/ ٦٤-٦٨.

(٣) في أ: يوتي.

(٤) البيهقي في سننه في النكاح ٧/ ١٦٩، عن عائشة، والدارقطني في سننه ٣/ ٢٦٨ عنها.

(٥) لعل هذا الخبر ما روى ليث بن أبي سليم عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود وقال: «**لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها**» كما في سنن البيهقي ٧/ ١٧٠، وقال: هذا ضعيف، ونقل عن الدارقطني أنه موقوف وأن ليثًا وحمادًا ضعيفان، ومثله ما روى البيهقي في سننه عن النبي ﷺ: «**إذا نظر الرجل إلى فرج المرأة حرمت عليه أمها وبنتها**» ٧/ ١٧٠، وقال: إنه منقطع ومجهول وضعيف والحجاج بن أرطاة لا يحتج به فيما يسنده فكيف بما يرسله عمن لا يعرف.

(٦) هو الإمام أبو جعفر حفص بن غياث بن طلق النخعي قاضي الكوفة وقاضي بغداد، روى عن الأعمش وطبقته وعاش خمسًا وسبعين سنة، قال يحيى القطان: حفص أوثق أصحاب الأعمش، وقال سجادة: كان يقال: ختم القضاء بحفص ابن غياث، وقال ابن معين: جميع ما حدث به حفص بالكوفة وبغداد فمن حفظه، وقال ابن ناصر الدين: كان حفص ثقة متقنًا تكلم في بعض حفظه، توفي سنة أربع وتسعين ومائة.

(شذرات الذهب ١/ ٣٤٠، وتهذيب التهذيب ٢/ ٤١٥-٤١٨).

(٧) هو ليث بن أبي سليم القرشي الكوفي، أحد العلماء والنساك، روى عن عكرمة وغيره، وروى عنه معمر وشعبة والثوري وخلق. قال أحمد: مضطرب الحديث، وقال الفضيل بن عياض: أعلم أهل الكوفة بالمناسك، وقال الدارقطني: إنما أنكروا عليه الجمع بين عطاء وطاوس ومجاهد. مات سنة ثلاث وأربعين ومائة.

(خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ص ٣٢٣، وشذرات الذهب ١/ ٢١٢).

عن حماد[1] عن إبراهيم[2] عن علقمة[3] موقوفًا، قال الدارقطني[4]: حفص وليث ضعيفان[5].

مسألة: لا يجوز للحر أن يتزوج بأكثر من أمة واحدة[6]، قال أبو حنيفة: له أن يتزوج بأربع[7] لنا أنه حر لا يخشى[8] العنت فلا يحل له نكاح الأمة كما لو كانت تحته حرة.

مسألة: يجوز للعبد أن يتزوج بأمة ولو[9] كان تحته حرة[10] خلافًا

---

(١) هو حماد بن أبي سليمان الأشعري، أبو إسماعيل، فقيه الكوفة، صاحب إبراهيم النخعي، روى عن أنس بن مالك، وسعيد بن المسيب، وطائفة، وكان جواد سريًا محتسبًا يفطر كل ليلة من رمضان خمسمائة إنسان، قال شعبة: كان صدوق اللسان، توفي سنة عشرين ومائة.
(انظر: شذرات الذهب ١/ ١٥٧، وخلاصة تذهيب تهذيب الكمال ص ٩٢، وفيه خمسين إنسانًا).

(٢) تقدمت ترجمته ١/ ٢٠٩.

(٣) تقدمت ترجمته ٣/ ٨٦٣.

(٤) هو علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار بن عبد الله البغدادي الدارقطني الشافعي، أبو الحسن، محدث، حافظ فقيه مقرئ، إخباري، لغوي، ولد سنة ٣٠٦ هـ، وتوفي سنة ٣٨٥ هـ، سمع من أبي القاسم البغوي وخلق كثير ببغداد والكوفة والبصرة، له: المختلف والمؤتلف في أسماء الرجال، غريب اللغة، كتاب القراءات، كتاب السنن المعرفة بمذاهب الفقهاء كما في معجم المؤلفين ٧/ ١٥٧.

(٥) الدارقطني في سننه ٣/ ٢٦٩، وفيه: موقوف، ليث وحماد ضعيفان.

(٦) الوجيز ٢/ ١٢، والتنبيه ص ١٦٤، وحلية العلماء ٦/ ٣٩١.

(٧) المختار مع اختيار ٣/ ٨٧، والهداية ١/ ١٩٤، والمبسوط ٥/ ١٠٨.

(٨) في ب: لا يخش.

(٩) في ب: وان.

(١٠) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٢، وحلية العلماء ٦/ ٣٩٢.

له[١]، لنا: أنه عبد فجاز له التزوج[٢] بأمة كما لو[٣] لم تكن تحته حرة[٤] .

مسألة: يجوز[٥] للمسلم أن يجبر[٦] الذمية على الغسل من الحيض[٧] خلافًا لـه[٨] . لنا: أن حـدث[٩] الحيض يجري مجرى الحيض في تحريم الوطء بدليل المسلمة، وإذا كان الوطء محرمًا ملك إجبارها[١٠] على الغسل ليتوصل معه إلى استيفاء حقه خرج غسل الجنابة على ما قلناه؛ لأن إباحة الوطء لا يقف عليه وعلى أحد القولين هو مثل غسل الحيض[١١]، ولعمرى يحتاج الغسل إلى نية لكن إذا أمكنت، فأما إذا تعذرت فلا تشترط وصار كنفس الغسل، فإن الاستباحة تقف على غسل جميع البدن، فلو تعذر غسل بعضه أجزأ غسل الباقي.

مسألة: إذا شرط أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما فالنكاح باطل[١٢] .

قال أبو حنيفة: يصح ويلغو الشرط[١٣] ، لنا أنه نكاح شرط فيه انقطاعه دون غايته ، فلم يصح، كما لو قال: زوجتك إلى شهر .

---

(١) الهداية ١/ ١٩٤ .

(٢) في ب : التزويج .

(٣) في ب: كما لم يكن .

(٤) حلية العلماء ٦/ ٣٩٢ .

(٥) يجوز: ساقطة من ب .

(٦) في ب: يحبر .

(٧) الإشراف على مذاهب العلماء ٤/ ٩٢-٩٣، وروضة الطالبين ٧/ ١٣٦ .

(٨) تكملة المطيعي للمجموع شرح المهذب ١٥/ ٢٨٥ ، وعزاه لأبي حنيفة .

(٩) في ب: حديث .

(١٠) في ب: إخبارها .

(١١) الإشراف على مذاهب العلماء ٤/ ٩٢-٩٣، وروضة الطالبين ٧/ ١٣٦ .

(١٢) روضة الطالبين ٧/ ١٢٦ ، والمنهاج مع مغني المحتاج ٣/ ١٨٣ ، وحلية العلماء ٦/ ٣٩٩ .

(١٣) المبسوط ٥/ ١٥٣، والإفصاح ٢/ ١٣٢ .

المسألة السادسة والثلاثون بعد المائتين: رلو[١]

أيجوز للأب نكاح جارية الابن؟.

المذهب: لا[٢].

عندهم: نعم[٣].

الدليل من المنقول:

لنا: ...[٤].

لهم: ...[٥].

الدليل من المعقول:

لنا:

جارية له فيها[٦] شبهة ملك فسقط[٧] بها الحد فمنع من التزويج بها كجارية مكاتبه؛ وذلك[٨] لأن حق الملك ثابت في ملك الابن وينتقل حقيقة

---

(١) في ب: كا، وكذا في خاص أ.

(٢) روضة الطالبين ٧/ ٢١٢-٢١٣.

(٣) الهداية مع البناية ٤/ ٢٩٩-٣٠١، والمبسوط ٥/ ١٢٢.

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «لا يجوز للأب أن يتزوج أمة ابنه في مذهب مالك والشافعي ومذهب أحمد كذلك، وقال أبو حنيفة: للأب أن يتزوج أمة ابنه رواية واحدة»[١].

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «واتفقوا على أنه لا يجب على الأب الحد بوطء جارية ابنه»[١].

(٦) في ب: لزمها.

(٧) في ب: يسقط.

(٨) في ب وجـ: ذلك.

---

(١) الإفصاح ٢/ ١٣١، وهي متفقة مع الدليل من المنقول (لنا) في المسألة (٢٣٥).

عند الاستيلاد فينفسخ[١] النكاح، والداعي إلى نقل[٢] الملك حرية الولد، ثم العقد يفضي إلى الوطء والوطء يفضي إلى الحبل ثم الولد ثم فسخ[٣] النكاح فصار النكاح عبثًا.

لهم:

لا حق له فيها فيصح[٤] نكاحها، وتوقع الانفساخ لا يمنع صحة النكاح كما لو نكح جارية قريبة فهي تعرض أن يموت فيرثها، ثم لو منع هذا ابتداء منع دوامًا، ولو اشترى الابن منكوحة الأب لم ينفسخ العقد، ولو اشترى المكاتب زوجة السيد ينفسخ النكاح.

مالك[٥]:

أحمد: ق[٦].

التكملة:

نمنع أن للسيد حقيقة ملك في مال المكاتب بدليل أنه يشتري[٧] منه، ومحال أن يشتري ملك نفسه، والدليل على أن للأب حق ملك قدرته على التصرف ونفوذ[٨] استيلاده، وهذا فارق الوارث حيث لا ينفذ تصرفه[٩] في

---

(١) في ب وجـ: فيفسخ.

(٢) في ب: نقذ، وجـ: فقد.

(٣) في ب: نسخ.

(٤) في ب: فصح.

(٥) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٣، وعندهم لا يجوز، والقوانين الفقهية ص١٣٢.

(٦) هداية أبي الخطاب ١/ ٢٥٤، والمغني ٦/ ٦١١-٦١٢.

(٧) في ب وجـ: أنه لو اشترى منه.

(٨) في ب: ونفود.

(٩) في ب: ينفذ بتصرفه.

ملك المورث، وأما إلزام الدوام فمندفع فإن دوام الملك أقوى من ابتدائه، فإنا في الابتداء نحاول إثبات حكم ممتنع[١] فنحتاج[٢] إلى شروط، وفي الدوام نحتاج[٣] إلى قاطع، وظهور احتمال الفساد يمنع الانعقاد[٤] ، ولا يقطع الدوام، ألا ترى أن الردة تمنع أول النكاح ولو ارتدت منكوحة لم ينقطع نكاحها في الحال بل إذا أصرت على الكفر، كذلك إذا طرأ ملك[٥] الابن في المنكوحة للأب احتمل أن يبقى إلى الإحبال واحتمل أن يزول فلم نقطع[٦] بالاحتمال، فإن أفضى[٧] إلى الاستيلاد قطع، وأما حقيقة الملك فهي منافية للنكاح، ولا ينضم الشيء إلى منافيه، وملك المكاتب يمنع الانقطاع عند طريانه كملك الابن ، وهذا المنع يتعين طرداً للقياس.

* * *

(١) في ب وجـ: منتف.
(٢) في ب : فيحتاج.
(٣) في ب وجـ : يحتاج.
(٤) في ب وجـ : الانقياد.
(٥) في ب وجـ : طرى.
(٦) في ب: يقطع.
(٧) في أ: اقتضى.

* * *

المسألة السابعة والثلاثون بعد المائتين: رلز[١] .

الحر الواجد طول[٢] الحرة.

المذهب: لا يجوز له نكاح الأمة[٣] .

عندهم: يجوز[٤] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿**وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً (أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَات)**[٥]...﴾ الآية، فيتلقى[٦] مورد النص بالقبول، واستبقينا[٧] أصل الامتناع فيما عدا صورة المستثنى، ولم يستفد حكم (فساد)[٨] نكاح الأمة من مدلول الآية بل الأصل الامتناع، فإن الآدمية تنافي ملكي اليمين والنكاح.

لهم:

قوله تعالى: ﴿**فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم**﴾[٩] ، وقوله: ﴿**وَأُحِلَّ لَكُم مَّا**

---

(١) في ب: كب (٢٢)، وكذا في خاص أ.

(٢) الطول: الفضل، وأراد أنه يجد من المال ما يصدق به حرة كما في الزاهر ص٣١١.

(٣) الوجيز ٢/ ١٢، وحلية العلماء ٦/ ٨٩-٩٠.

(٤) المختار مع الاختيار ٣/ ٨٧.

(٥) أن ينكح المحصنات: ساقط من أ، والآية في سورة النساء، آية: ٢٥.

(٦) في ب: فيتلقى.

(٧) في ب: واستيفاء.

(٨) فساد: سقطت من ب وجـ.

(٩) سورة النساء، آية: ٣.

وراء ذلكم ﴾[١] .

وجه الدليل: أنها ليست من المحرمات وقد دخلت تحت عموم (ما طاب لكم).

الدليل من المعقول:

لنا:

نكاح الأمة أبيح للضرورة، فلا يجوز عند عدمها، دليل الدعوى أن فيه تعريض الولد للرق ويجب على المرء صيانة جزئه[٢] عن الرق وهو مستغن عن نكاح الأمة ، فلا تحل له كما لو كانت في نكاحه حرة.

لهم:

محللة للأزواج نكاحًا فجاز تزويجها ، وإن لم يعجز. دليل الدعوى: الآية، وكونها أنثى آدمية ومحل متصور[٣] النكاح من قضاء[٤] الشهوة وطلب الولد، ولو قال السيد لعبده: تزوج حرة أو أمة جاز له الأمة.

مالك: ق[٥] .

أحمد: ق[٦] .

(١) سورة النساء، آية: ٢٤.
(٢) في أ: جزؤه، وفي ب وجـ: جزءه.
(٣) في ب: وفعل مقصود، وفي جـ: ومحل مقصود.
(٤) في ب وجـ: قضى.
(٥) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٢.
(٦) مغني ابن قدامة ٦/ ٥٩٦-٥٩٧، وهداية أبي الخطاب ١/ ٢٥٣.

التكملة:

صون الولد عن الرق نوع نظر ليس بعيداً عن مناهج الشرع[١]. قالوا[٢]: كيف يمنع[٣] النكاح لفوات[٤] صفة الحرية في الولد ولو نكح عقيماً أو رتقاء[٥] جاز مع فوات الولد؛ وذلك لأن الولد من ثمرات النكاح، فلا تتوقف صحة الأصل عليه.

الجواب: العقيم والرتقاء ليس فيه إلا عدم الولد، وذلك غير محذور، لكن الحصول على وصف فاسد محذور، ولذلك يجوز الامتناع عن الوطء وفيه عدم الولد، ولا يجوز وطء المعتدة[٦] حذراً من خلط النسب، قالوا: إذا نكح حرة وتحته أمة جاز له أن يطأها، وإن كان مرقًّا لولده، قلنا: العلة منتصبة لنفي نكاح[٧] المستغني[٨]، فلا يرد هذا عليه نقضاً لأن الشرائط تعتبر لابتداء الانعقاد وقد منع المزني هذه المسألة، الجواب عن المنقول: أما قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم﴾[٩]، أراد ما حل وفيه النزاع، ولفظ النساء لا يتناول الإماء والمراد نكاح الحرائر بدليل قوله: ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾[٩]، أما قوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ فهو استثناء عن المحرمات بأسباب

---

(١) في ب: الشرط.
(٢) في أ: قال.
(٣) في ب: يمتع.
(٤) في أ: لقوام، وفي ب: لصفوات.
(٥) الرتق: مصدر رتقت المرأة ترتق رتقًا: إذا التحم فرجها، كما في المطلع ص٣٢٣.
(٦) في ب: المعتد.
(٧) في ب: النكاح.
(٨) في أ: المتبقي.
(٩) سورة النساء، آية: ٣.

إضافية بين الناكح والمنكوحة كالرضيع[١] والرضاع، فأما المحرمات بأوصاف ذاتية كالكفر والرق فلم يذكرن.

قال الثوري: إن خاف العنت جاز له نكاح أمة وإن وجد طول حرة[٢].

قال بعض أهل المدينة: من عشق أمة وخاف على نفسه العنت[٣] بها جاز أن ينكحها وإن كان تحته حرة. حكاه القفال.

قال المزني: إن وجد طول حرة بعد نكاح الأمة انفسخ نكاحها[٤].

* * *

(١) في أ: كالنسب.

هوامش هذه المسألة ٢٣٧:

إن أمن العنت بعد التزويج لم ينفسخ النكاح؛ لأنه لذلك تزوج وصار كما لو استغنى الفقير بمال الزكاة، وكذلك إذا وجد الطول لأن المال غاد ورائح[١]، ويلحق بشرائط نكاح الأمة أن لا يجد ثمن أمة[٢].

(٢) مغني ابن قدامة ٦/ ٥٩٧، وعزاه لقتادة والثوري، وحلية العلماء ٦/ ٣٩٠.

(٣) العنت في اللغة: المشقة الشديدة، يقال: أكمة عنوت إذا كانت شاقة، قاله الزجاج، وقال المبرد: العنت: الهلاك، والمعنى: ذلك لمن خاف أن تحمله الشهوة على مواقعة الزنى فيهلك في ذلك بالحد في الدنيا والإثم العظيم في الآخرة. انظر: الزاهر ص ٣١١.

(٤) حلية العلماء ٦/ ٣٩١، وروضة الطالبين ٧/ ١٣٣، ومغني ابن قدامة ٦/ ٥٩٩، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٢.

* * *

(١) حلية العلماء ٦/ ٣٩١، وروضة الطالبين ٧/ ١٣٣، ومغني ابن قدامة ٦/ ٥٩٩، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٢.

(٢) روضة الطالبين ٧/ ١٣١، والمقنع مع المبدع ٧/ ٧٣-٧٤.

المسألة الثامنة والثلاثون بعد المائتين: رلح[١] .

نكاح الأمة الكتابية .

المذهب: لا تحل لمسلم[٢] .

عندهم: تحل[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿ **فمن[٤] مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ** ﴾[٥]، وذلك تقييد بعد إطلاق؛ لأن لفظة[٦] (الفتيات) تتناول المؤمنة والكافرة لكنه استدراك[٧] بعد إطلاق وقيد بذكر الإيمان فجرى مجرى الشرط كما لو قال: اصرف مالي إلى[٨] العلماء الفقراء، وقال تعالى: ﴿ **وَالطَّيِّبَاتُ لِلطَّيِّبِينَ** ﴾[٩] .

لهم[١٠]: . . .

---

(١) في ب: كج، وكذا في خاص أ.

(٢) روضة الطالبين ٧/ ١٣٢، والوجيز ٢/ ١٢، وحلية العلماء ٦/ ٣٨٨.

(٣) تحفة الفقهاء ٢/ ١٢٩، والكتاب مع شرحه اللباب ٢/ ٢٠٤، والهداية ١/ ١٩٤ .

(٤) في ب: فمما.

(٥) سورة النساء، آية: ٢٥ .

(٦) في ب: لفظ.

(٧) في ب: استدرك.

(٨) في ب: على.

(٩) سورة النور، آية: ٢٦ .

(١٠) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «نكاح إماء الكتابيات لا يجوز لمسلم أن يتزوج بهن عند مالك والشافعي، وعن أبي حنيفة جواز ذلك، وعن أحمد روايتان أحدهما لا يجوز، والثانية جائز، والله أعلم»[١] .

---

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٢٧ .

الدليل من المعقول:

لنا:

الأصل المنع من نكاح الإماء إلا ما استثني فيجب رعاية قيد الإيمان فيه، والأصل امتناع النكاح بين الكفار والمسلمين؛ لأن معظم مقاصد النكاح لا تتم[١] بينهم والمباينة ظاهرة والنصوص في النهي عن مقارنتهم كثيرة[٢]، وإنما استثني[٣] من ذلك صورة واحدة لمصلحة فبقيت[٤] في الباقي على الأصل.

لهم:

امرأة لو كانت حرة يحل[٥] نكاحها، فكذلك إذا كانت أمة كالمسلمة، أو امرأة لو كانت مسلمة يحل[٦] نكاحها، فكذلك إذا كانت كتابية قياساً على الحرة؛ ذلك لأن الأنوثة محل النكاح والكفر غير مانع بدليل الحرة، فإذا تمهدت المحلية وانتفى المانع جاز النكاح.

مالك: ق[٧].

أحمد: ق[٨].

التكملة:

لا يخفى أن العلة إذا كانت ذات وصفين لا يمنع كل واحد منهما مفرداً

---

(١) في ب وجـ: يتم.
(٢) في أ: كثير.
(٣) في ب: اشندى.
(٤) في ب وجـ: فبقينا.
(٥) في ب وجـ: لجاز.
(٦) في ب وجـ: لحل.
(٧) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٢.
(٨) مغني ابن قدامة ٦/ ٥٩٦.

وهذا جواب قولهم: أن الأمة يجوز نكاحها، والحرة الكتابية يجوز نكاحها، والتحقيق فيه أن الرق والكفر كل واحد منهما على حاله[1] يوجب امتناع النكاح أصلاً، وحيث شرع نكاح الرقيقة أو الكافرة كان رخصة على خلاف الأصل والرخص لا تتعدى[2] مواردها بشرع[3] الرخصة عند قيام أصل واحد مانع من المرخص[4] فيه لا يلزم شرعها عند اجتماع أصلين مانعين، ولهذا قال الأصحاب: الأمة الكتابية اعتورها النقصان[5].

أبو ثور: يحل نكاح المجوس[6].

---

(١) في أ: خياله.
(٢) في أ: تتعدا.
(٣) في ب وجـ: الشرع.
(٤) في أ: الرخص.
(٥) في ب وجـ: نقصان.

هوامش هذه المسألة:

الوثني لا تحل مناكحته ولا ذبيحته ولا يقر على دينه[1]، نقيضه الكتابي[2]، فأما المجوسي فيقر ولكن لا تحل ذبيحته ولا مناكحته[1]، فأما إذا تزوج وثني بكتابية فإن ولدها لا تحل ذبيحته ولا مناكحته خلافًا لهم[3].

الإمامية: لا تجيز نكاح الحرائر الكتابيات[4] إلا إذا عدمت المسلمة[5].

(٦) مغني ابن قدامة ٦/ ٥٩١، ونسبه لأبي ثور، والإشراف ٢/ ١٠١، وحلية العلماء ٦/ ٣٨٧، وعزاه لأبي ثور.

---

(١) الوجيز ٢/ ١٣.
(٢) الوجيز ٢/ ١٢.
(٣) الهداية مع البناية ٤/ ٣١٤.
(٤) في أ: المسلمات، وهو خطأ.
(٥) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٢/ ٣٠٣، ونصه: «فيشترط أن تكون الزوجة مسلمة أو كتابية كاليهودية، والنصرانية، والمجوسية على أشهر الروايتين، وحلية العلماء ٦/ ٣٨٦، وعزاه للإمامية.

قال ابن عباس: نكاح الأمة خير من الاستمناء وهو خير من الزنى[١].

الإمامية: تحد المستمني على يده[٢].

رخص فيه ابن دينار[٣].

* * *

(١) عبد الرزاق في مصنفه ٧/ ٣٩١، والبيهقي ٧/ ١٩٩، وقال: مرسل موقوف.

(٢) المختصر النافع ص ٣٠٦، ونصه: «ومن استمنى بيده عزر بما يراه الإمام»، ومثله في شرائع الإسلام ٤/ ١٨٩.

(٣) عبد الرزاق في مصنفه ٧/ ٣٩٢، وتكملة المجموع للمطيعي ١٥/ ٢٩٦، قال: وروي أن عمرو بن دينار رخص فيه عند الاضطرار وخوف الهلكة.

* * *

المسألة التاسعة والثلاثون بعد المائتين: رلط[1] .

الكافر إذا أسلم عن أختين أو أكثر من أربع نسوة .

المذهب: يختار العدد المشروع ويندفع نكاح الباقيات[2] .

عندهم: يتدافع نكاحين إن كان في عقد واحد ولا يصح ما سبق[3] .

الدليل من المنقول:

لنا:

أسلم غيلان[4] بن سلمة عن عشر نسوة فقال له النبي عليه السلام: «**اختر أربعًا منهن**[5] ، **وفارق سائرهن**»[6]، وأسلم الحارث[7] بن قيس عن

---

(١) في ب : كد، وكذا في خاص أ.

(٢) الوجيز ٢/ ١٥، والتنبيه ص ١٦٤، وحلية العلماء ٦/ ٤٢٧ .

(٣) المبسوط ٥/ ٥٣، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٠٠، والإفصاح ٢/ ١٢٩.

(٤) هو غيلان بن سلمة بن معتب بن مالك بن كعب بن عمرو بن سعد بن عوف بن ثقيف الثقفي، سكن الطائف وكان أحد وجوه ثقيف، وأسلم أولاده عامر وعمار ونافع وبادية، وفد على كسرى ذات يوم فقال له: أي ولدك أحب إليك؟ قال: الصغير حتى يكبر والمريض حتى يبرأ والغائب حتى يقدم. فاستحسن ذلك من قوله ثم قال له: ما غذاؤك في بلدك؟ قال: خبز البر، قال: عجبت لك هذا العقل. وهو شريف شاعر أحد حكام قيس في الجاهلية. الإصابة ٣/ ١٨٩ .

(٥) منهن: ساقطة من أ.

(٦) الترمذي في جامعه في النكاح: باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة ٣/ ٤٣٥، والبيهقي في سننه في النكاح: باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ٧/ ١٨١، وابن ماجه في النكاح: باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ١/ ٦٢٨.

(٧) هو الحارث بن قيس بن عميرة الأسدي، أسلم وعنده ثمان نسوة، وقيل: قيس بن الحارث، له حديث واحد لم يأت من وجه يصح. أسد الغابة ١/ ٣٤٤.

ثمان نسوة فأمره أن يختار أربعًا ويفارق أربعًا[١]، قال[٢]: ففارقت أقدمهن صحبة، وأسلم فيزور[٣] الديلمي عن أختين فقال له: «اختر واحدة وفارق الأخرى»[٤].

لهم: . . . .[٥]

---

(١) أبو داود في سننه في الطلاق: باب فيمن أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان ٢/ ٦٧٧، والبيهقي في سننه في النكاح: باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ٧/ ١٨٣.

(٢) قال: ساقطة من أ.

(٣) هو فيروز الديلمي، اليماني، صحابي، له أحاديث، وهو الذي قتل الأسود الذي ادعى النبوة في زمن النبي ﷺ، ومات في زمن عثمان، وقيل: بل في زمن معاوية بعد الخمسين، وفي الشذرات ٥٣ هـ.
(تقريب التهذيب ٢/ ١١٤، وخلاصة التذهيب ص ٣١١، وشذرات الذهب ١/ ٥٩).

(٤) أبو داود في سننه في الطلاق: باب فيمن أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان ٢/ ٦٧٨، والترمذي في جامعه في النكاح: باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده أختان ٣/ ٤٣٦، وقال: هذا حديث حسن، والبيهقي في سننه في النكاح: باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ٧/ ١٨٤.

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «إذا أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة فقال مالك والشافعي وأحمد: يختار منهن أربعًا وكذلك إن كان تحته أختان[١] يختار منهن واحدة ويفارق ما زاد على ذلك، وقال أبو حنيفة: إن كان العقد وقع عليهن في حالة واحدة فهو باطل، وإن كان في عقود صح في الأربعة الأوائل وكذلك في الأختين»[٢].

---

(١) في أ: أختين وهو لحن.

(٢) الإفصاح ٢/ ١٢٩.

الدليل من المعقول:

لنا:

أنكحة الكفار وقعت على الصحة وطرى تحريم البقاء على الجمع، فإذا أبطلنا[١] نكاح إحداهما أزال[٢] الجمع، دليل صحة أنكحتهم قوله عليه السلام: «**ولدت من نكاح لا من سفاح**»[٣]، ثم لو كانت الخامسة أو إحدى الأختين وأسلم بقي النكاح.

لهم:

المحرم الجمع وهو بعد الإسلام جامع بين الأختين والخمس، تأثيره أن الجمع فعل[٤] ينطلق على بقاء المجموع كما ينطلق على ابتدائه فبقاء[٥] المجموع كابتدائه حكمًا؛ لأنه لو حلف لا يلبس فاستدام حنث، فإذا كان جامعًا بعد الإسلام حرم الجميع كابتداء الجمع.

مالك: ق[٦].

أحمد: ق[٧].

---

(١) في ب: انطلنا.
(٢) في ب: زال.
(٣) الطبراني والبيهقي من طريق أبي الحويرث عن ابن عباس وسنده ضعيف، ورواه عبد الرزاق عن ابن عيينة عن جعفر بن محمد عن أبيه مرسلاً كما في التلخيص الحبير ٣/ ١٧٦، وذكره في تكملة المطيعي للمجموع ١٥/ ٧، ١٨٣.
(٤) في ب: مطلق.
(٥) في ب وجـ: فبقي.
(٦) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٣.
(٧) مغني ابن قدامة ٦/ ٦٢٤ـ٦٢٦.

التكملة:

قوله عليه السلام: «اختر أربعًا منهن وفارق سائرهن» يدفع قولهم[١]: إنه أمره بالاختيار، وعين[٢] العدد المختار ولم يعين الفعل الذي به الاختيار لأن هذا لا يلائم[٣] مذهبهم فعندهم[٤] لا اختيار له إن نكحوا على التعاقب، فإنه يصح الأوائل، وإن نكحوا معًا بطل الجمع بقوله عليه السلام: «اختر أربعًا[٥] منهن»، وتعيين العدد يدفع هذا الوهم، ثم اختيار ابتداء النكاح في أربع على رأيهم إنما يكون إذا نكحن دفعة والنبي عليه السلام لم يستفصل[٦] وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، ولا ندعي أنه عليه السلام علم مواقيت أنكحته، فهذا مستحيل[٧]، كيف وقد قال: فعمدت إلى أقدمهن

(١) في ب: قوله.
(٢) في ب: وبين.
(٣) من أ: سقطت لا.
(٤) فعندهم: سقطت من أ.
(٥) اختر أربعًا: ساقطة من أ.
(٦) في ب وجـ: لم يستقصد.
(٧) في ب: وهذا يستحيل، وفي جـ: وهذا مستحيل.

هوامش هذه المسألة:

لو أنها رخصة قضيت من وطري ... لكن جلدتها تربي على[١] السنن
أشكوا إلى الله إنعاظًا[٢] قد بليت به ... وما ألاقي من الإفلاس والحزن

قال القاسم بن إبراهيم: يجوز الجمع بين تسع نسوة[٣].

(١) على ساقطة من ب.
(٢) في ب: نعضا، والنعظ: قال في اللسان ٣/ ٦٧١، نعظ الذكر إذا قام وانتشر، والإنعاظ: الشبق، وحذف «قد» أولى.
(٣) تحفة الفقهاء ٢/ ١٢٥، لكنه قال: وقال بعضهم، والمغني ٦/ ٥٣٩ - ٥٤٠، وحكاه عن ابن القاسم بن إبراهيم، وتكملة المجموع ١٥/ ١٣٣، وعزاه للقاسم بن إبراهيم.

صحبة ففارقتها، والفقه أن دفع النكاح بعد الإسلام شرع ضرورة، والضرورة تندفع برد أحد النكاحين، فلا حاجة إلى رد الآخر، ذلك ليرغب الكفار في الإسلام وليمتنع من كل ما يتضمن[1] تنفيراً، ولذلك ما أخذناهم بما صدر منهم قبله، ولا نسلم أنه جامع بين الأختين؛ لأنه كما أسلم اندفع أحد النكاحين، والخطاب عندنا يلاقي الكفار، فإذا نكح أختين لم ينعقد النكاحان جميعًا.

* * *

(١) يتضمن: ساقطة من ب وجـ.

* * *

المسألة الأربعون بعد المائتين: رم[١] .

إذا ارتد بعد ارتداد زوجته .

المذهب: لم يندفع فسخ النكاح[٢] .

عندهم: يندفع[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٤] .

لهم:

حديث الردة أن الصديق أقرهم على أنكحتهم، ولا يلزم على هذا احتمال اختلاف الأزواج فيما بينهم في الردة، فإن ذلك لا طريق إلى تعرفه فيقدر أنهم توافقوا جميعًا وصار[٥] الأقارب الموتى بغرق لا يورث بعضهم من بعض ويقدر موتهم معًا، ولو ادعينا الإجماع في حادثة الردة لساغ .

الدليل من المعقول:

لنا:

---

(١) في ب : كه . وكذا في خاص أ .

(٢) تكملة المطيعي للمجموع ١٥/ ١٩٩، ورءوس المسائل ص ٣٩١ .

(٣) رءوس المسائل ص ٣٩١، والإفصاح ٢/ ١٣٠ .

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه : «إذا ارتد الزوجان المسلمان معًا فقال مالك والشافعي : هو بمنزلة ارتداد أحدهما في إيقاع الفرقة، وقال أبو حنيفة : لا تقع الفرقة، ووافق أحمد للجماعة[١]، والله سبحانه وتعالى أعلم» .

(٥) في ب : وصارت .

---

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٣٠ .

ردة المرأة تفوت محلية[١] الحل في حق[٢] المسلم، والمرتد مؤاخذ[٣] بجميع علائق الإسلام، ولذلك منع من وطء المرتدة ومن ابتداء نكاحها ويستحيل أن يضاف إلى اختلاف الدين؛ لأنه يجوز للمسلم نكاح الذمية، فدل على أن الردة[٤] فوتت[٥] محلية[٦] الحل ولذلك حرم وطؤها بملك اليمين أيضًا على المرتد.

لهم:

لم يختلفا دينًا ولا دارًا فلم تقع الفرقة[٧] كما لو أسلما، وذلك لأن النكاح ينفسخ عند ردتها باختلاف الدين، وكذلك[٨] ينفسخ بردة الزوج إذا انفرد، وأما الابتداء، فإنه لم ينعقد لتحريم الوطء كما لا ينعقد نكاح المعتدة، ودوام النكاح لا[٩] ينقطع بالعدة.

مالك: ق[١٠].

أحمد: ق[١١].

---

(١) في ب: حملية.
(٢) في ب: وحق.
(٣) في ب: واحد.
(٤) في ب: المرتدة.
(٥) في أ: قرنت.
(٦) في ب: محل.
(٧) في أ: القربة.
(٨) في ب: ولذلك.
(٩) في ب: لا ينقطع تحريم الوطء كما لا ينعقد بالعدة.
(١٠) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٥.
(١١) مغني ابن قدامة ٦/ ٦٣٩ ـ ٦٤٠.

التكملة:

قولهم: تحريم الوطء يمنع الابتداء ولا يمنع الدوام كالعدة باطل؛ فإن[١] كل ما يوجب تحريمًا مؤبدًا يقطع الدوام ويدفع الابتداء كالرضاع، فإن فرقوا بأن الردة يتوقع انقطاعها بطل بالملك بجهة الشراء[٢]، فإنه يتوقع انقطاعه بالفسخ وغيره، ومع ذلك قطع الدوام، فإن قالوا: لا نسلم قطع ابتداء النكاح ولا نحرم[٣] الوطء[٤]، قلنا: ليس هذا مذهبًا لأبي حنيفة.

الجواب عن حديث الردة، أن الصديق رضي الله عنه بنى على جريان ذلك بعد المسيس والعود قبل مضي العدة، أو لعله نبه على إعادة النكاح ولم ينقل، أو لعله رأى ذلك رأيًا ونحن نخالفه، ونقول: هما مختلفان في الدين حكمًا، وإن اتحدا[٥] صورة؛ لأن أحكام الإسلام باقية في حق المرتد لم يعطل تغليظًا عليه، ولا يجوز أن يستفيد بردته مقصوده[٦]، ولهذا يلزم قضاء[٧] الصلوات بخلاف الكافر الأصلي.

---

(١) في أ: بأن كل.
(٢) في أ وب: بالشرى، وهو لغة.
(٣) في ب: تحريم.
(٤) في أ، ب: الوطي.
(٥) في أ: الحدا، وفي ب: اتخذا.
(٦) في أ: تحصيل مقصود.
(٧) في ب: قضى.

هوامش هذه المسألة:

إذا انتقلت المرأة إلى دين لا تقر عليه ما الذي يقبل منها؟ ثلاثة أقوال: دين الإسلام، أو الدين الذي انتقلت عنه، أو دين يقر عليه، وهو الأظهر[١]، داود: لا يفسخ النكاح بالردة[٢].

---

(١) المهذب مع التكملة ١٥/ ١٩٨-٢٠٠، وروضة الطالبين ٧/ ١٤٠، وحلية العلماء ٦/ ٤٣٤-٤٣٥.

(٢) مغني ابن قدامة ٦/ ٦٣٩، والمهذب مع التكملة ١٥/ ١٩٩.

لوحة ٦٠ من المخطوطة أ :

إذا زوج أمته من عبده بمائة وقيمتها مائة[١] وهو يملك مائة أخرى لا مال له سوى ذلك وأعتق الأمة أو أوصى بعتقها لم يكن لها أن تختار (فرقة الزوج قبل الدخول؛ لأن ذلك يسقط)[٢] المهر فلا يخرج من الثلث وإذا لم يخرج من الثلث لم ينفذ العتق في جميعها وإذا لم تعتق[٣] جميعها لم يثبت لها خيار فجر ثبوت الخيار لها إسقاطه فسقط الخيار وثبت العتق[٤] .

واعلم أن خيار المعتقة فيه ثلاثة أقوال: على الفور، تراخي ثلاثة أيام ما لم يمسها باختيارها[٥] ، إذا قامت فإن كان قد سمى لها صداقًا فهو للسيد، وإن كانت مفوضة فإن كان دخل بها قبل العتق فالصداق للسيد[٦] ، روي أن عثمان رضي الله عنه حضر[٧] عقد ملاك وتولى[٨] الخطبة ومقدمات العقد ثم قال: اعقدوا فإنا قوم حرم وروى عن النبي عليه السلام أنه قال: **«المحرم لا يَنكح[٩] ولا يُنكح»**، وعمل عثمان[١٠] بالحديث يمنع من تأويل الحديث

(١) في ب: ق، وهي تساوي مائة.

(٢) ما بين القوسين غير واضح في أ.

(٣) في ب: يعتق.

(٤) المهذب مع تكملة المجموع للمطيعي ١٥/ ١٧٧ ـ ١٧٨ .

(٥) الوجيز ٢/ ٢٠، وحلية العلماء ٦/ ٤٢٠ ـ ٤٢٢ .

(٦) روضة الطالبين ٧/ ١٩٣ ـ ١٩٤ .

(٧) في ب: حصر.

(٨) في ب: توالى.

(٩) مسلم في صحيحه في النكاح: باب تحريم نكاح المحرم، وكراهية خطبه ٢/ ١٠٣٠، بلفظ: **«لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب»**، وفي مسلم ٢/ ١٠٣١، بلفظ المخطوطة.

(١٠) هو عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي ابن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب، وكان له ثلاث كنى: أبو عمرو، =

بحمل[١] النكاح على الوطء، فعلى هذا نكاح المحرم وإنكاحه باطل[٢] خلافًا[٣] لهم، وتعلقوا بما روى ابن عباس أن النبي عليه السلام نكح محرمًا[٤]، قلنا: روى الأصم وهو عتيق ميمونة[٥] أن النبي عليه السلام نكح ميمونة بسرف وهما حلالان، قال الشافعي: كان ابن عباس يعتقد أنه من قلد الهدي وأشعره فقد أحرم[٦] من غير تلبية وطواف[٧]، فلعله رأى ذاك[٨] من رسول الله وأطلق لفظه بناءً على اعتقاده، ثم النكاح محل خصائص

= وأبو عبد الله، وأبو ليلى، وأمه أروى بنت كريز بن ربيعة بن حبيب بن عبد شمس، استخلف عن شورى من ستة أنفس: علي وعبد الرحمن وسعد بن أبي وقاص وطلحة بن عبيد الله والزبير بن العوام وهو سادسهم رضي الله عنهم جميعًا، حوصر يوم الجمعة لليلة مضت من ذي القعدة وبقي الحصار تسعة وأربعين يومًا يذود عنه علي بن أبي طالب في بني هاشم وطلحة والزبير فيمن، أطاعهما من قريش، إلى أن تسلق عليه سودان بن حمران المرادي بالليل ومعه مشقص فوجأه وهو يقرأ سورة البقرة فوقعت أول قطرة من دمه على قوله: ﴿فَسَيَكْفِيكَهُمُ اللَّهُ﴾، وكانت خلافته اثنتي عشرة سنة إلا اثني عشر يومًا، ودفن لثنتي عشرة ليلة بقيت من ذي الحجة عام ٣٥ هـ.
(كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٥ - ٦، والعبر ١/ ٢٦ - ٢٧، وشذرات الذهب ١/ ٤٠ - ٤١).

(١) في بك محمل.
(٢) التنبيه للشيرازي ص ٧٢، وروضة الطالبين ٧/ ٦٧.
(٣) الكتاب مع شرحه اللباب ٢/ ١٨٨، والهداية للمرغيناني ١/ ١٩٣.
(٤) مسلم في صحيحه في النكاح: باب تحريم نكاح المحرم ٢/ ١٠٣١ - ١٠٣٢، بنحوهما.
(٥) تقدمت ترجمتها ص ١٣٠ من الجزء الأول من التحقيق السابق.
(٦) في ب: أخره.
(٧) في ب: طراف.
(٨) في ب: ذلك.

النبي عليه السلام حتى صح من غير ولي وبلا شهود وبغير مهر، فكيف يترك نصه الصريح بخاصة ثبتت له، والقياس ظاهر من جانبهم؛ لأن الإحرام عبادة والعبادات لا تمنع[١] النكاح وإن منع بعضها الوطء، وغاية ما يتكلف لنا أن الإحرام يمنع استحلال الوطء فمنع النكاح كالعدة؛ لأن مقصود شرع النكاح حل الوطء فإذا لم يمكن تحقيقه عقيب العقد لم يجز شرعه في الحال كالعدة، ويخالف الصوم والاعتكاف؛ فإن التخلي عنهما بعد التلبس بهما ممكن، إذا قال: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ويكون مهر كل واحدة منهما كذا وكذا سواء اتفق المهران أو اختلفا فإن هاهنا لا يكون شغاراً؛ لأنه ليس فيه تشريك ويكون النكاحان صحيحين[٢] والمهر فاسد؛ لأنه وإن كان سمى مهراً جائزاً إلا أنه شرط نكاح إحداهما في نكاح الأخرى، وذلك لا يلزم وإذا لم يلزم وجب أن يرد المهر إلى ما حصل من المحاباة لأجله وذلك[٣] مجهول، ففسد المهر دون العقد، وصار كما لو قال: بعتك هذه السلعة بألف على أن تبيعني سلعتك ، فإن البيع فاسد؛ لأنه شرط شرطًا فاسداً يعود بجهالة الثمن، إلا أن في البيع إذا فسد الثمن فسد العقد بخلاف النكاح فإن قال: زوجتك بنتي ويكون بضع بنتي مهراً لبنتك بطل نكاح بنت الموجب؛ لأنه شرك في بعضها ولم يفسد نكاح الأخرى[٤] .

* * *

(١) في ب: يمنع.
(٢) المهذب مع التكملة ١٥/ ١٣٣-١٣٧.
(٣) وذلك: مكررة في ب.
(٤) تكملة المجموع للمطيعي ١٥/ ١٣٦.

* * *

المسألة الحادية والأربعون بعد المائتين: رما[١] .

إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول .

المذهب: لم تنتجز[٢] الفرقة وتوقف[٣] على انقضاء العدة[٤] .

عندهم: تنتجز قبل المسيس[٥] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٦] .

لهم: . . .[٧] .

الدليل من المعقول:

لنا:

---

(١) في ب : كو ٢٦ ، وكذا في خاص أ.

(٢) في ب: تتحيز.

(٣) في ب: توقفت.

(٤) المحرر للرافعي ق ٩٣ خ، والتنبيه ص ١٦٥ .

(٥) الهداية مع البناية ٤/ ٣٢٨.

(٦) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول أو بعده فقال أبو حنيفة ومالك: تتعجل الفرقة على الإطلاق سواء كان الارتداد قبل الدخول أو بعده، وقال الشافعي وأحمد: إن كان الارتداد قبل الدخول تعجلت الفرقة وإن كانت بعد الدخول وقف على انقضاء العدة»[١] .

(٧) بياض في ب وجـ، وبخط مغايرفي أ، ونصه: «إذا ارتد الزوجان المسلمان معًا فقال مالك والشافعي وأحمد: هو بمنزلة ارتداد أحدهما في إيقاع الفرقة، وقال أبو حنيفة: لا تقع الفرقة[٢] ، والله أعلم».

---

(١) الإفصاح ٢/ ١٢٩.

(٢) الإفصاح ٢/ ١٣٠، وتقدم في مسألة ١٤٠ .

اختلاف دين طرى[١] على نكاح صحيح متأكد بالدخول فجاز أن يبقى معه النكاح كما إذا أسلم أحدهما، ذلك لأن النكاح مما يتشوف الشرع إلى إثباته لإقامة النوع الإنسي.

لهم:

الردة تنافي النكاح فبطل، ذلك لأن النكاح وصلة، والردة تقطع الوصل والعصمة[٢]، ولهذا حرم الاستمتاع لا إلى غاية، ولا بقاء للنكاح مع المنافي.

مالك: روايتان[٣].

أحمد: ق[٤].

التكملة:

جواب من يقول: الردة منافية للنكاح أن نقول: المنافي إما[٥] ضد المعنى الذي ثبت له ذلك الحكم، وإما مبطل المعنى، والردة ضد الإسلام لا ضد الحل[٦] (فإن الحل)[٧] لم يكن ثابتًا بالإسلام بدليل الكافرين، وإن نظرنا إلى الإبطال بالردة فالردة لم تبطل الإنسانية والذكورية والأنوثية التي تثبت[٨] الأهلية والمحلية، نعم[٩] هي مانعة للنكاح، والمانع ينقسم إلى مؤبد كالرضاع

(١) في أ: طرا.
(٢) في ب وأ: العصم.
(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٤ ـ ١٠٥، والتفريع ٢/ ٧٧.
(٤) مغني ابن قدامة ٦/ ٦٣٩، وهو على روايتين فيه، والمقنع مع المبدع ٧/ ١٢٢، على روايتين.
(٥) في ب: لها.
(٦) في أ: الحل.
(٧) ما بين القوسين ساقط من ب.
(٨) في ب: تثبت بالأهلية.
(٩) في ب: نعم ما هي.

والصهر وهما يمنعان ابتداء النكاح ودوامه، ومطلق[١] يرجى[٢] زواله، وإن لم يتعين وقته كالعدة، وهي تمنع الابتداء دون الدوام، فإذا عرف هذا فالردة تنقسم إلى ما يصدر عن كفر مستقر في القلب يبقى طول العمر غالبًا، وإلى وسواس يزول، فألحقنا ردة العمر بالرضاع وردة الوسواس بالعدة.

* * *

(١) في ب: ومطلوبه جازوا له.
(٢) في أ: يرجا.

* * *

المسألة الثانية والأربعون بعد المائتين: رمب[1] .

إذا هاجر الحربي إلينا بذمة مؤكدة.

المذهب: لم ينقطع نكاحه[2] .

عندهم: ف[3] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[4] .

لهم:

قوله تعالى: ﴿أَوَ مَن كَانَ مَيْتًا﴾[5]، وما شابهها من آيات الكتاب العزيز.

الدليل من المعقول:

لنا:

اختلاف الدار لا ينبغي أن يكون[6] مؤثرًا في القطع[7] كما لو دخل المسلم

---

(١) في ب: كز، وكذا في خاص أ.

(٢) تخريج الفروع على الأصول ص ٢٧٨، ورءوس المسائل ص ٣٩٠.

(٣) الهداية مع البناية ٤/ ٣٢٥، والكتاب مع اللباب ٢/ ٢٠٨-٢٠٩، والنتف ٢/ ٣٠٩-٣١٠.

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «إذا مر الحربي بمال التجارة على بلاد المسلمين قال أبو حنيفة: لا يؤخذ منه شيء إلا أن يكونوا يأخذون منا، وقال مالك وأحمد: يؤخذ منهم العشر إذا كان دخولهم بأمان مطلق[1] ، والله أعلم».

(٥) سورة الأنعام، آية: ١٢٢.

(٦) في ب: نكون.

(٧) في ب: حين القطع.

---

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ٢٩٧، ولم ينقل الحكم عند الشافعي.

دار الحرب، وفقهه أن ذلك يرجع[١] إلى تباين الأصقاع وذلك لا أثر له؛ لأنه لا يزيد على الدين، واختلاف الدين لا أثر له.

لهم:

الكافر ميت حكمًا بدليل الكتاب؛ لأن من فات منه ما خلق له وجحد الصانع سقط تقومه وزالت عصمته فصار ميتًا، والنكاح عماد وصلة يقتضي السكن والألفة وذلك يزول[٢] باختلاف الدار. ويتأيد بالحربي المسبي، فإن نكاحه ينقطع وليس ذلك لرقه فالرق لا ينافي النكاح.

مالك[٣]:

أحمد[٤]:

التكملة:

قالوا: العبد إذا هاجر إلينا انقطع عنه ملك السيد فلينقطع ملك الزوج إذا هاجرت الزوجة[٥]. قلنا: فيه خلاف، وقد قيل: لا ينقطع، فإن منع[٦] فينقلب عليهم، فإن السيد لو هاجر لم ينقطع ملكه عن العبد، والزوج بمثابته، والسبب فيه أن ملك السيد ملك يمين فثبتت[٧] على المملوك يد الاستيلاء مقصودًا، وإن ملك النكاح لا يندرج تحت الاستيلاء[٨]، فلذلك

(١) في ب: لا يرجع.
(٢) في أ: يزوا.
(٣) لم أعثر عليه.
(٤) المبدع ٧/ ١٢٣، وقال: لم ينفسخ النكاح.
(٥) الزوجة: ساقطة من ب.
(٦) في ب: فإن منع هو.
(٧) في ب: فيثبت.
(٨) في ب: الاستيلاد.

لم ينقطع باستيلاء المرأة على نفسها. ثم الذمي عندنا حر[١] لا حجر عليه متى شاء الانصراف لزمنا أن نبلغه[٢] مأمنه، والباعث على عوده إلى داره[٣] الكفر، فإذا اجتمعت المقدرة[٤] والباعث ولا مانع فكيف يلحق بالموتى؟، ويتأيد كلما قدمناه بما إذا هاجر المسلم إلى دار الحرب وقطن، فإنه لا ينقطع نكاحه عن زوجاته المخلفات عندنا.

والحرف: أن الدار لا تصلح لفسخ النكاح عندنا، وعندهم تصلح[٥].

* * *

(١) في ب: عندها حر لا يحجر عليه.
(٢) في ب: يبلغه.
(٣) في ب: دارة.
(٤) في ب: القدرة.
(٥) تخريج الفروع على الأصول ص ٢٧٧ـ٢٧٨.

* * *

المسألة الثالثة والأربعون بعد المائتين: رمح[١] .

إذا عتقت الأمة تحت حر .

المذهب: لا خيار لها[٢] .

عندهم: ف[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

عتقت بريرة[٤] تحت عبد[٥] يقال له[٦] : مغيث[٧] فخيرها النبي عليه السلام، قالت عائشة[٨] رضي الله عنها: ولو كان زوجها حرًا لما خيرها[٩]، ونقل أن عائشة قالت لها: «إن شئت أقمت تحت العبد» هذا المنقول خرجه مسلم،

(١) في ب: كح. وكذا في خاص أ.
(٢) الوجيز ٢/ ١٩، والمهذب مع التكملة ١٥/ ١٧٥، وحلية العلماء ٦/ ٤١٩ .
(٣) النتف في الفتاوى للسغدي ١/ ٣٠٧، والمبسوط ٥/ ٩٩، ورءوس المسائل ص٣٩٦.
(٤) تقدمت ترجمتها.
(٥) في أ: عبد غير واضحة.
(٦) له : ساقطة من أ.
(٧) مغيث: هو مولى أبي أحمد وزوج بريرة، وقال أبو عمر: هو مولى بني مطيع، وروى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أنها اشترت بريرة من ناس من الأنصار، وقيل: كان مولى بني المغيرة بن مخزوم، وأبو أحمد أسدي من أسد ابن خزيمة وبنو مطيع من عدى قريش، ولما اشترتها عائشة كان زوجها مغيث حرًا، وقيل: كان عبداً. أسد الغابة ٤/ ٤٠٤ .
(٨) تقدمت ترجمتها.
(٩) مسلم في صحيحه في العتق: باب إنما الولاء لمن أعتق ٢/ ١١٤٣ .

ومنقولهم موقوف على الأسود[١] .

لهم:

روي أن بريرة عتقت تحت عبد[٢] فخيرها النبي عليه السلام وقال: «**ملكت نفسك فاختاري**»، فلو كان حراً لما خيرها[٣] .

الدليل من المعقول:

لنا:

تبدلت حالة تناولها عقد النكاح بحالة تناوله[٤] عقد النكاح، فلا يثبت لها الاختيار كما لو كانت مريضة[٥] فبرئت[٦]، دليل ذلك أنها لو اختارت لم يحتج إلى عقد، وتحقيقه أن المساواة بين الزوجين توجب[٧] قراراً وتأكيداً.

لهم:

بالعتق ازداد ملك الزوج عليها؛ لأن ملك الحل في الأمة على النصف من الحرة فثبت لها دفع الزيادة.

---

(١) تلخيص الحبير ٣/ ١٧٨، والدارقطني ٣/ ٢٩٠، والبيهقي في سننه في النكاح: باب من زعم أن زوج بريرة كان حراً يوم أعتقت ٧/ ٢٣٣، ثم قال: قول الأسود منقطع، ونصب الراية ٣/ ٢٠٥.

(٢) في أ: عبداً.

(٣) نصب الراية ٣/ ٢٠٤، بلفظ: قال عليه السلام لبريرة حين عتقت: «**ملكت بضعك فاختاري**»، وعزاه للدارقطني، وهو فيه ٣/ ٢٩٠، بلفظ: «**اذهبي فقد عتق معك بضعك**».

(٤) في أ: تناولها.

(٥) في ب: شريفة.

(٦) في أ: فبرأت.

(٧) في ب: يوجب.

مالك: ق[١] .

أحمد: ق[٢] .

التكملة:

عبارة ملك معصوم فلا يجوز إبطاله إلا بسبب من المالك كملك اليمين، وذلك؛ لأن حق الزوج كامل في زوجته الأمة لكن منع من استيفاء بعضه لقيام حق السيد وضيق المحل عن الوفاء[٣] بالجميع، ألا ترى أنه لو ظفر بالجارية في نوبة السيد حل له منها ما يحل في نوبته، فإذا زالت الزحمة حصلت له، وهذا يناسب تقرير النكاح لا إبطاله. ثم هم المطالبون[٤] بما يوجب الخيار حيث لا نص فيه، والفقه فيه أن السيد عقد بولايته وعقده للأمة ولهذا لا يصح أن يلزمها بالتزويج[٥] من مجبوب وإن ألزمها البيع من مجبوب فصار كالأب إذا زوج الصغيرة، وروايتهم «ملكت نفسك فاختاري» زيادة في الحديث لم تثبت[٦]، ولو صح فمعناه: ملكت الخيار فاختاري.

والحرف أن فسخ النكاح تحت العبد مستنده إضرار[٧] ينشأ من نقص الزوج هذا عندنا أنها ملكت نفسها أو تجدد لها (ملك أو تجدد)[٨] زيادة ملك عليها.

---

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٦.

(٢) المغني ٦/ ٦٥٩.

(٣) في ب: والوفا.

(٤) في ب: المطلوبون.

(٥) في ب: لتزويج.

(٦) في ب: يثبت.

(٧) في ب: إضرارنا.

(٨) ما بين القوسين ساقط من أ.

هامش هذه المسألة:

قال ابن عباس: بيع الأمة طلاقها[١] .

---

(١) عبد الرزاق في مصنفه: باب الأمة تباع ولها زوج ٧/ ٢٨٠-٢٨١، عن أبي بن كعب وابن مسعود وجابر بن عبد الله وابن المسيب والحسن.

المسألة الرابعة والأربعون بعد المائتين: رمد[١].

ينفسخ النكاح بالعيوب الخمس.

المذهب: نعم[٢].

عندهم: لا[٣].

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ﴾[٤]، وجه الدليل: التسوية بين الزوجين في الحقوق، والزوجة[٥] تفسخ بالجب[٦] والعنة[٧]، فليفسخ الزوج بالرتق والقرن[٨].

لهم: . . .[٩].

---

(١) كط: في ب، وكذا في خاص أ.

(٢) روضة الطالبين ٧/ ١٦٧ ـ ١٧٧، وحلية العلماء ٦/ ٤٠٣.

(٣) المختار مع الاختيار ٣/ ١١٥، والمبسوط ٥/ ٩٥، ومختصر الطحاوي ص١٨١.

(٤) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.

(٥) والزوجة: ساقطة من ب.

(٦) الجب: قطع الذكر من أصله كما في الزاهر ص ٣١٧.

(٧) العنين: هو الذي يعن ذكره: أي يعترض إذا أراد إيلاجه، والعنن: الاعتراض كما في الزاهر ص ٣١٧.

(٨) القرن: مصدر قرنت المرأة بكسر الراء تقرن قرنًا بفتحها فيهما، إذا كان في فرجها قرن بسكون الراء، وهو عظم، أو غدة مانعة ولوج الذكر فيجوز أن تنطق بفتح الراء على المصدر، وبسكونها على أنه العظم أو الغدة، كما في المطلع ص ٣٢٣.

(٩) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «عيوب النكاح تسعة: ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء وهي الجنون والجذام[١] والبرص[٢]، واثنتان تختص =

---

(١) الجذام: داء معروف تتهافت منه الأطراف، ويتناثر منه اللحم كما في المطلع ص ٣٢٤.

(٢) البرص: مصدر برص بكسر الراء إذا ابيض جلده أو اسود بعلة. المطلع ٣٢٤.

الدليل من المعقول:

لنا:

النكاح إثبات حق في محل بعوض فإطلاقه يقتضي سلامة حق الاستمتاع والمحل والمنافع، وكل حق ثبت بعقد جاز إبطاله برفع العقد؛ لأن المحل كان خاليًا ثم اشتغل فأعيد إلى الأصل، ويتأيد بخيار العتق.

لهم:

عقد النكاح لا يقبل الفسخ، دليل الدعوى عدم الإقالة.

مالك: ق[1].

أحمد: ق[2].

التكملة:

الوطء مستحق لهما لتحصين الدين، فإن[3] أثبتنا المطالبة للزوج دونها فاكتفى[4] بداعية طبعها عبارة: ضرر ينشأ من فوات مقصود العقد يشرع دفعه بدفع أصل العقد كما لو كان في البيع، وتقريره أن من زوج أمته من شخص وباعها من غيره وخرجت رتقاء فقد وجد لكل واحد منهما عقد هو

= بالرجال وهما: الجب والعنة، وأربعة تختص بالنساء وهي القرن والعفل والرتق والفتق[3].

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٥، والتفريع ٢/ ٤٧.

(٢) المغني ٦/ ٦٥١.

(٣) في ب: وإن.

(٤) في أ: فاكتفا.

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٣٣، وفيه: العفل: لحمة تكون في فم الفرج، وقيل: هي رطوبة تمنع لذة الجماع، والفتق: انخراق ما بين محل الوطء ومسلك البول.

السبب وملك هو الحكم ملك اليمين للمشتري وملك النكاح للزوج والذات تقبل الملك من وجهين، ثم ثبت[١] الخيار للمشتري دفعًا للضرر، فكذلك الزوج وطريق دفع[٢] الضرر رفع[٣] العقد وإن أمكن الزوج بالطلاق فكذلك يمكن المشتري بالبيع، وفقهه: أن فوات المقصود الخاص بالعقود[٤] تقتضي بطلانها، وحقيقة الفسخ ليس نقل[٥] أملاك وأعيان لكن إعادة[٦] ما كان على ما كان، ولهذا صح الفسخ في السلم، وليس الداعي إلى الفسخ في البيع خصوص وصف المال بل عموم الضرر، وسبب الفسخ ليس العقد كما ظنوه لكن يختلف المقصود[٧]، وبالجملة: النكاح عندنا قابل للفسخ خلافًا لهم.

---

(١) في ب: يثبت.

(٢) في ب: رفع.

(٣) في ب: دفع.

(٤) في ب: بالمعقود.

(٥) في ب: بفك.

(٦) في ب: إعارة.

(٧) في ب: المقصودة الجملة.

هوامش هذه المسألة:

المشتركة: جنون، جذام، برص.

الرجل: الجب، العنة.

المرأة: الرتق، القرن: هو العفل: لحم ينبت في الفرج[١].

العنن: الاعتراض كأن الذكر يعترض فلا يلج[٢].

إذا طلقها قبل الدخول سقط المهر، وبعد الدخول يسقط المسمى ويجب مهر المثل وهل يرجع على من غره[٣] بالعيب قولان[٤]. =

---

(١) الإفصاح ٢/ ١٣٣.

(٢) الزاهر ص ٣١٧.

(٣) في أ: عده.

(٤) حلية العلماء ٦/ ١٠٥-٤٠٦، وروضة الطالبين ٧/ ١٨٠-١٨١.

المسألة الخامسة والأربعون بعد المائتين: رمه[1].

نكاح الشغار.

المذهب: باطل[2].

عندهم: ف[3].

الدليل من المنقول:

لنا:

نهى النبي عليه السلام عن نكاح الشغار[4].

= الحكم[1] بن عتيبة[2] وداود: لا يثبتان للمرأة الخيار بالعنة[3].

(١) في ب: ل ٣٠، وكذا في خاص أ.

(٢) التنبيه للشيرازي ص ١٦١، وروضة الطالبين ٧/ ٤١، وحلية العلماء ٦/ ٣٩٦.

(٣) الهداية مع البناية ٤/ ٢١٣، والمبسوط ٥/ ١٠٥، ورءوس المسائل ص ٣٩٢.

(٤) بياض في ب، وثابت في أ، وجـ بخط مغاير.

والحديث في صحيح البخاري في النكاح: باب الشغار ٦/ ١٢٨، بلفظ: نهى عن الشغار.

ومسلم في صحيحه في النكاح: باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ٢/ ١٠٣٤، عن ابن عمر كلفظ البخاري.

---

(١) هو الحكم بن عتيبة بن النهاس مولى امرأة من كندة من بني عدي، أبو محمد، مولده سنة خمسين، ومات سنة خمس عشرة ومائة.

كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ١١١، وشذرات الذهب ١/ ١٥١.

(٢) في ب: عتبة.

(٣) تكملة المطيعي للمجموع ١٥/ ١٥٦، وعزاه لداود وابن حزم ومن وافقهما، وحلية العلماء ٤٠٨/٦.

لهم: . . . [١].

الدليل من المعقول:

لنا:

تعلل البطلان بالتعليق[٢] حتى لو ترك الصيغة الأخيرة صح العقد فنقول[٣]: أضاف البضع إلى الزوج وإلى ابنة الزوج سواء قدرنا[٤] الإضافة على الشريك أو يكمل كل واحد منهما، فإذا لم تكمل الإضافة للزوج لم يفد[٥] الحل؛ لأن الأصل في الأبضاع[٦] الحرمة، فصار كإضافته إلى رجلين.

لهم:

أضاف البضع من يملك وهو الزوج إلى من لا يملك وهو ابنته[٧] فصح في حق من يملك كما لو أوصى لزيد وللرياح، أو زوجها من زيد ومن الحائط، وغايته أنه شرط شرطًا فاسدًا والنكاح لا يبطل بالشرط[٨] الفاسد

(١) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «وصفة نكاح الشغار أن يقول أحد المتعاقدين للآخر: زوجتك ابنتي أو أختي على أن تزوجني ابنتك بغير صداق، هذا هو الشغار»[١].

(٢) في ب: والتعليق.

(٣) في ب: فيقول.

(٤) في ب: قدر بالإضافة.

(٥) في ب: لم يف والحل.

(٦) الأبضاع: جمع بضع وهو الفرج نفسه عند قوم، وعند قوم آخرين: هو الجماع نفسه، كما في الزاهر ص ٣٠٢.

(٧) في ب: أشبه.

(٨) في ب: الشرط.

(١) الإفصاح ٢/ ١٣١.

كما لو شرط أن لا يتسرى عليها.

مالك: ق[١].

أحمد: ق[٢].

التكملة:

إن قيل: قد اختلفت الإضافة، فإنه[٣] أضاف إلى الزوج ملك النكاح وإلى ابنته ملك اليمين فكانت كل إضافة كاملة، فالجواب[٤]: انقسام الملك إلى نكاح[٥] ويمين ينشأ من المحل، وإلا حقيقة التمليك واحد كتمليك العين[٦] وتمليك المنفعة، فصح أن الإضافة إليهما من جهة واحدة، والتعدد أورث نقصًا في كل واحد فتقاعد عن اقتضاء حكمه[٧]، والحرف أنه أضاف بضع ابنته إلى الزوج وإلى[٨] ابنته فبطلت الإضافتان، وعندهم أضاف إلى

---

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٥، والقوانين الفقهية ص ١٣٦، والتفريع ٢/ ٤٨.

(٢) المغني ٦/ ٦٤١، وهداية أبي الخطاب ١/ ٢٥٤.

(٣) في ب: فإن.

(٤) في ب: الجواب.

(٥) في ب: إلى يمين ونكاح.

(٦) في ب: العفن وتملك.

(٧) في ب: الحكم.

(٨) في ب: أو ابنته.

هوامش هذه المسألة:

الصورة: أن تقول: زوجني مولاتك على أن أزوجك مولاتي ونجعل بضع كل واحدة صداق الأخرى[١].

شغر الكلب: إذا رفع رجله[٢]، وقيل: سمي الشغار لقبحه تشبيهًا بفعل =

---

(١) التنبيه للشيرازي ص ١٦١، وروضة الطالبين ٧/ ٤٠-٤١، وحلية العلماء ٦/ ٣٩٦.

(٢) الزاهر ٣١٤، والمطلع ص ٣٢٣.

الزوج حسب.

* * *

= الكلب[1].

وعلى الوجه الأول كأن كل واحد رفع رجله للآخر عن[2] هذا الحق.

* * *

(١) تكملة المجموع للمطيعي ١٥/ ١٣٥.

(٢) في ب: على.

كتاب الصداق

كتاب الصداق

لوحة ٦١ من المخطوطة أ :

قال عمر رضي الله عنه : لا تغالوا في صدقات النساء ما يبلغني أن أحدًا ساق أكثر مما ساق[١] رسول الله إلا جعلت الفضل في بيت المال فاعترضته امرأة، وقالت : كتاب الله أحق أن يتبع، يعطينا الله ويمنعنا ابن الخطاب! فقال : أين؟ قالت : قال الله تعالى : ﴿ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا ﴾[٢] ، فقال عمر رضي الله عنه : كل الناس أفقه من عمر[٣]. وروى أن مهر أم كلثوم[٤] ابنة[٥]

---

(١) في ب : ساقه.

(٢) سورة النساء، آية : ٢٠.

(٣) عبد الرزاق في مصنفه ٦/ ١٨٠، بنحوه، وانظر : فتح الباري ٩/ ٢٠٤، وعزاه لعبد الرزاق، وأبو داود في سننه في النكاح : باب الصداق ٢/ ٥٨٢ ـ ٥٨٣، بلفظ : خطبنا عمر رحمه الله فقال : ألا لا تغالوا بصدق النساء، فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها النبي ﷺ، ما أصدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من ثنتي عشرة أوقية، وهو عن أبي العجفاء السلمي، ومثل لفظ أبي داود في النسائي : باب القسط في الأصدقة ٦/ ١١٧، عن أبي العجفاء.
وعند السيوطي : والمراد بالأوقية : أوقية الحجاز وهي أربعون درهمًا، وفي حاشية السندي : تغلوا من الغلو وهو مجاوزة الحد في كل شيء، فقال : غاليت في الشيء وبالشيء وغلوت فيه غلوًا إذا جاوزت فيه الحد، وصدق النساء : بضمتين : مهورهن.
ومثلهما في الترمذي في النكاح : باب منه ٣/ ٤٢٢ ـ ٤٢٣، وقال : حديث حسن صحيح، وأبو العجفاء اسمه هرم، وصحيح سنن ابن ماجه ١/ ٣١٨، وقال : حسن صحيح.

(٤) أم كلثوم بنت علي، أمها فاطمة الزهراء، تزوجها عمر رضي الله عنهما، وتوفيت سنة ١٧ هـ. العبر ١/ ١٦، وشذرات الذهب ١/ ٢٩.

(٥) في ب : انبه.

على أربعون ألف درهم[١] ، والمستحب تخفيف المهر[٢] قالت عائشة: كان صداق النبي لزوجاته اثنتي[٣] عشرة أوقية من الذهب ونشا[٤] ، ويجوز أن يتزوجها على أن يعلمها القرآن[٥] خلافًا لهم[٦] ، ويكرهه أحمد[٨] ومالك[٩] (وإذا وهبت صداقها قبل الدخول فقد عفت عن النصف فإن كان باقيًا في ذمة الزوج صح ولم يفتقر إلى قبول على القول الصحيح، قال ابن أبي هريرة: يفتقر إلى القبول كما تفتقر هبة العين، ووجه كونه لا يفتقر إلى القبول[١٠]: أنه إبراء أو إسقاط كإسقاط القصاص والشفعة، وإذا عفت المرأة، وكان[١١] الصداق عينًا احتاج إلى القبول؛ لأنه تمليك لا يصح بلفظ الإبراء.

مسألة[١٢]): إذا تلف الصداق قبل القبض وجب الرجوع إلى مهر المثل في الجديد، وإلى القيمة في القديم، ومذهبهم لنا أنه عوض معين، فإذا تلف

---

(١) البيهقي في سننه ٧/ ٢٣٣، وذكره في المغني لابن قدامة ٦/ ٦٨١.
(٢) المهذب للشيرازي مع تكملة المطيعي للمجموع ١٥/ ٢٠٥.
(٣) في أ: اثنا عشر، وهو سهو.
(٤) مسلم في صحيحه في النكاح: باب الصداق . . . واستحباب كونه خمسمائة درهم لمن لا يجحف به ٢/ ١٠٢، والنش نصف أوقية أي عشرون درهمًا.
(٥) المهذب مع التكملة ١٥/ ٢١٠، وحلية العلماء ٦/ ٤٤٦.
(٦) الهداية مع البناية ٤/ ٢١٥.
(٧) هداية أبي الخطاب ١/ ٢٦٢، على روايتين أصحهما لا يجوز ويرجع إلى مهر المثل، والمغني ٦/ ٦٨٣، وقال في موضع: أكرهه.
(٨) القوانين الفقهية ص ١٣٥، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٩، وقال: يكره.
(٩) في ب: قبول.
(١٠) في ب: «كان» بدون واو.
(١١) ما بين القوسين ليس في ب، في مكانه في أ، بل بعده بأسطر.
(١٢) في ب: مسلمة.

قبل القبض وتعذر الرجوع إلى المعوض وجب الرجوع إلى قيمة العوض كما إذا اشترى عبداً بجارية وقبض العبد وهلك في يده ثم ماتت الجارية قبل القبض.

مسألة[١] : الزيادة في الصداق لا تلحق[٢] بالعقد[٣] خلافًا له[٤] . لنا : أن ما لا يتصف بالطلاق قبل الدخول لا يستقر مهراً بالدخول كالخمر والخنزير، قولهم : إن بعد العقد حالة يملكان فيها التصرف في النكاح بالطلاق والفسخ فجاز لهما التصرف في الزيادة على المهر كحالة العقد لا يصح؛ لأنه إذا ذكر حالة العقد فقد بذل في مقابله ما لا يملكه وهاهنا بذل في مقابلة ملكه فصار[٥] كما لو اشترى ماله من وكيله.

مسألة : إذا طلق المفوضة بعد الدخول وجب[٦] لها المتعة في الجديد[٧] خلافًا لهم[٨] .

لنا : أنها مطلقة لم تحصل[٩] على مال مجرد عن مقابلة الإتلاف، فوجب لها المتعة كالمفوضة قبل الدخول، ولا يقال : فيما قستم عليه عري[١٠] نكاحها عن المهر فشرع[١١] لها المتعة، وهاهنا لم يعر[١٢] عن المهر فصار كما لو سمى

---

(١) في ب : مسلمة.

(٢) في ب : يلحق.

(٣) المهذب مع تكملة المطيعي ١٥/ ٢٣٣.

(٤) الهداية مع البناية ٤/ ٢٢١.

(٥) فصار : ساقطة من ب.

(٦) في ب : وحبلها.

(٧) روضة الطالبين ٧/ ٣٢١، والمهذب مع التكملة ١٥/ ٢٦٥.

(٨) الكتاب مع اللباب ١/ ١٩٦.

(٩) في ب : يحصل.

(١٠) عري : غير واضحة في أ وب.

(١١) في أ : يشرع.

(١٢) في ب : وهاهنا يعر عن المهر بحذف : «لم».

لها ثم طلقها قبل الدخول، والجواب: أن[١] وجوب المهر لا يمنع من وجوب أمر آخر كما منع[٢] من النفقة والسكنى، وأما المسمى لها إذا طلقها قبل الدخول فمن أصحابنا من لم يسلم على أحد القولين، وإن سلمنا فالمعنى[٣] فيه أنه حصل لها مال في مقابلة الابتذال بالعقد والحزن على الفراق فقام مقام المتعة، وفي[٤] مسألتنا الذي حصل لها مهر في مقابلة الوطء فيجب أن تجب المتعة للابتذال والحزن على الفراق، وتقرير المتعة راجع إلى اجتهاد الحاكم بشرط أن لا يزيد على نصف المهر إن كان في النكاح أو نصف مهر المثل[٥].

* * *

(١) «أن»: ساقطة من ب.
(٢) في ب: كما لم يمنع من النفقة.
(٣) في ب: لمعنى.
(٤) في ب: ففي.
(٥) روضة الطالبين ٧/ ٣٢٣.

* * *

المسألة السادسة والأربعون بعد المائتين: رمو[١].

هل ينعقد المهر بمقدار؟.

المذهب: لا[٢].

عندهم: أقله عشرة دراهم[٣].

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿**أَن تَبْتَغُوا**[٤] **بِأَمْوَالِكُم**﴾[٥] علق على مطلق المال فالوقوف[٦] مع مقدار نسخ للإطلاق[٧]، وقال النبي عليه السلام: «**من نكح امرأة على كف من طعام كان لها صداقًا**»[٨]، وقوله: «**ولو كان خاتمًا من حديد**»[٩].

---

(١) في ب: لا ٣١، وكذا في خاص أ.

(٢) روضة الطالبين ٧/ ٢٤٩، وحلية العلماء ٦/ ٤٤٤.

(٣) تحفة الفقهاء ٢/ ١٣٦، والكتاب مع اللباب ٢/ ١٩٥، والمبسوط ٥/ ٨٠، ورءوس المسائل ص ٣٩٩.

(٤) في ب وجـ: أن تبتغوا علق وأول (لهم) بأموالكم.

(٥) سورة النساء، آية: ٢٤.

(٦) في ب: بالوقوف.

(٧) في ب: الطلاق.

(٨) أبو داود في سننه في النكاح: باب قلة المهر ٢٣/ ٥٨٥، بلفظ: «**من أعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقًا أو تمرًا فقد استحل...**»، ومثله في سنن البيهقي ٧/ ٢٣٨، عن جابر، والدارقطني في سننه: باب المهر ٣/ ٢٤٣ عنه.
وذكره في التلخيص الحبير ٣/ ١٩٠، وقال: في إسناده مسلم بن رومان وهو ضعيف.

(٩) البخاري في صحيحه في النكاح: باب التزويج على القرآن وبغير صداق ٦/ ١٣٨، بلفظ: «**اذهب فاطلب ولو خاتمًا من حديد**».

لهم:

قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾[١].

والحل المستثنى عن الأصل بقيد لا يوجد[٢] دونه. وقال تعالى في قصة الواهبة: ﴿خَالِصَةً لَّكَ﴾[٣] فلو لم[٤] يتقيد في نكاح غيره بمهر بطل التخصيص، وقال النبي[٥] عليه السلام: «**لا مهر أقل من عشرة دراهم**»[٦].

الدليل من المعقول:

لنا:

المهر شرع في النكاح عوضًا، ومقداره في العوضية واحد[٧]، فالجميع مال، فالمهر[٨] حق المرأة بدليل أنها تستوفيه وتبرئ منه والواجب حقها،

(١) سورة النساء، آية: ٢٤.

(٢) في ب: يوجر.

(٣) سورة الأحزاب، آية: ٥٠.

(٤) في أ: ولو لم ينفذ.

(٥) النبي: ساقطة من أ.

(٦) البيهقي في سننه في الصداق ٧/ ٢٤٠، عن جابر بن عبد الله بلفظ: «**لا ينكح النساء إلا الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم**»، والدارقطني في سننه: باب المهر بلفظ: «**لا تنكحو النساء إلا الأكفاء...**» إلخ، وقال: مبشر بن عبيد متروك الحديث أحاديثه لا يتابع عليها، وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٩٦: أسند البيهقي في المعرفة عن أحمد بن حنبل أنه قال: أحاديث مبشر بن عبيد موضوعة كذب، وقال: قال ابن القطان في كتابه وهو كما قال: لكن بقي عليه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف ويدلس على الضعفاء. انتهى، والمحلى ١١/ ٩٩، وجعله خبراً موضوعًا، والمقاصد الحسنة ص ٤٦٨، وقال: سنده واه.

(٧) في ب وجـ: وأخذه الجميع.

(٨) في ب وجـ: والمهر.

والوجوب صفته، ومحال أن يفارق الوصف الموصوف.

لهم:

وجوب المهر حق الله تعالى[١] بدليل أنه[٢] لا يقبل تراضيهما على الانعقاد دونه، فعندما يجب بالعقد وعندكم بالدخول، ذلك لأن حق الله متعلق بالأبضاع بدليل حد الزنى، وحق الله تعالى لا يتأدى إلا بمال مقدر إظهاراً للخطر، وأقل[٣] مال شريف هذا، ويتأيد بوجوب مهر المفوضة.

مالك: أقله نصاب السرقة[٤].

أحمد[٥]:

التكملة:

الوجوب حق المرأة، ولا نوجب للمفوضة، وإن سلم أصل الوجوب فلا مستند للتقدير، فإن صيانة البضع قد حصل بكثرة الشروط وصونه على البذل[٦] والإباحة حاصل بأي مال كان، وإن لم يكن بد من التقدير فالخمسة تصلح؛ لأنها تجب في نصاب زكاة، بل أقل ما يتمول خطير شرعًا يستباح به دم الصائل[٧] عند الدفع، وبالجملة: الخصم هو المدعي للتقدير فهو المطالب

---

(١) تعالى: ساقط من أ.

(٢) في ب: أنه هو لا يقبل.

(٣) في ب: وأخذ.

(٤) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٠٧.

(٥) المغني ٦/ ٦٨٢، وقال: كل ما جاز ثمنًا في البيع أو أجرة في الإجارة من العين والدين والحال والمؤجل والقليل والكثير ومنافع الحر والعبد وغيرهما جاز أن يكون صداقًا، وهداية أبي الخطاب ١/ ٢٦٢.

(٦) في ب: عن البدل، وفي جـ: عن البذل.

(٧) في ب وجـ: القبائل.

ببيان[١] المأخذ، ولا شك أن الخصم لو رد إلى مجرد الآية لتلقى من عمومها جواز الابتغاء بكل مال، وإنما قدر بدليل ظهر له فوجب أن يبديه، ومن[٢] العجب أنهم قالوا: لو صرح بنفي المهر[٣] استحق كمال المثل ولو صرح بخمسة لم يستحق إلا عشرة[٤].

---

(١) في ب: ينبان.

(٢) في ب وجـ: من العجب.

(٣) في ب: بنفي المستحق.

(٤) في ب وجـ: لم يستحق المرء عشرة.

هوامش هذه المسألة:

الصداق، المهر، الفريضة، الأجرة، النحلة، العقر، العليقة[١]: مترادفة، يقال: مهرت المرأة ولا يقال أمهرتها[٢].

يجوز أن يجعل تعليمها مثل هذا الشعر صداقًا[٣].

يريد المرء أن يعطى مناه ويأبى الله إلا ما أرادا
يقول المرء فائدتي ومالي وتقوى الله أفضل ما استفادا[٤]

---

(١) المطلع ص ٣٢٦، وزاد الحباء، ونظمها البعلي ببيت فقال:

صداق ومهر نحلة وفريضة حباء وأجر ثم عقر علائق

ومغني المحتاج ٣/ ٢٢٠، والمبدع ٧/ ١٣٠.

(٢) المجمل في اللغة ص ٨١٨، وفيه: «المهر: مهر المرأة، أجرها تقول: مهرتها بلا ألف فإذا زوجتها على مهر قلت: أمهرتها...»، والمطلع ص ٣٢٦، وفيه يقال: أصدقت المرأة ومهرتها وأمهرتها نقلهما الزجاج وغيره، وأنشد الجوهري مستشهداً على ذلك ببيت لقحيف العقيلي.

أخذن اغتصابًا خطبة عجرفية وأمهرن إرماحًا من الخط ذبلا

(انظر صحاحه ٢/ ٢٨١، مادة: «مهر»، وفي المبدع ٧/ ١٣٠، ولا يقال: أمهرتها، والنهاية في غريب الحديث ٤/ ٣٧٤، وفيها: مهرت وأمهرت، والمغني ٦/ ٦٧٩، ولا يقال: أمهرتها).

(٣) مغني ابن قدامة ٦/ ٦٨٣، والمبدع ٧/ ١٣٤.

(٤) هما للشافعي، ينظر ديوانه ص ٤١، وحلية الأولياء ٩/ ١٥١، وللمغني ٩/ ١٧٧، وعزاهما لأبي الدرداء، وطبقات السبكي ٢/ ١٨٤.

زفر: مهر المثل[١]. النخعي: أقله ٤٠ درهمًا[٢]. سعيد بن جبير: ٥٠ درهمًا[٢]. ابن شبرمة: ٥ دراهم[٢].

* * *

(١) تحفة الفقهاء ٢/ ١٣٦، وعزاه له، وحلية العلماء ٦/ ٤٤٥.

(٢) المغني ٦/ ٦٨٠، وعزاه لهم، وانظر المحلى ١١/ ٩٨، في رواية سعيد بن جبير وإبراهيم النخعي، وحلية العلماء ٦/ ٤٤٥.

* * *

المسألة السابعة والأربعون بعد المائتين: رمز[١] .

هل تستحق[٢] المفوضة المهر بالعقد؟

المذهب: أظهر القولين أنها لا تستحق بل يجب بالوطء[٣] مهر المثل[٤] .

عندهم: تستحق[٥] .

الدليل من المنقول:

لنا[٦]: . . .

لهم:

قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾[٧] جعل الابتغاء بالمال يدل على أنه لا يجوز دونه، ودل على أن المال عوض أيضًا.

الدليل من المعقول:

لنا:

---

(١) في ب: لب، وكذا في خاص أ.

(٢) في ب: يستحق.

(٣) في كل النسخ: بالوطى.

(٤) روضة الطالبين ٧/ ٢٨١، ورءوس المسائل ص ٤٠٢.

(٥) تحفة الفقهاء ٢/ ١٤٠، ورءوس المسائل ص ٤٠٢، والمبسوط ٥/ ٦٢.

(٦) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «المفوضة إذا طلقت قبل المسيس وقبل الفرض قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين: تجب المتعة، وعن أحمد رواية أخرى لها نصف مهر المثل، وقال مالك: لا تجب المتعة بحال بل تستحب، واختلف موجبو المتعة في تقديرها، فقال أبو حنيفة: درع وخمار وملحفة»[١] .

(٧) سورة النساء، آية: ٢٤.

---

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٣٦-١٣٧.

المهر زائد في النكاح فلا يثبت مع النفي كالزائد على مهر المثل، بدليل أن العقد لا يفسد بفساده، وليس شرطًا في النكاح، فإن شرط الشيء ما سبقه أو قاربه، ولم يشرع النكاح لكسب المال.

لهم:

عقد بعوض[١] فلا ينعقد[٢] دونه كالبيع، ذلك لأن حل الوطء[٣] يستدعي ملكًا في المحل (وليس المحل)[٤] مباحًا كالحشيش والحطب فاحتاج إلى عوض، ولو لم يكن العوض ملازمًا للنكاح لانقسم[٥] إلى ذي عوض (وغير ذي عوض)[٦]، ولو كان كذلك جاز لولي الطفلة أن يزوجها من غير عوض.

مالك: إن طلقها قبل الفرض[٧] فالمتعة مستحقة[٨].

أحمد: ف[٩].

التكملة:

النكاح ليس فيه ملك عندنا بل حكمه الزوجية[١٠]، وهي قضية شرعية

---

(١) بعوض: ساقطة من أ.
(٢) في ب: يعقد.
(٣) في كل النسخ: بالوطى.
(٤) وليس المحل: ساقطة من أ.
(٥) في ب: يقسم.
(٦) ما بين القوسين ساقط من ب.
(٧) في ب: العوض.
(٨) بداية المجتهد مع الهداية ٦/ ٤١٤-٤١٥.
(٩) هداية أبي الخطاب ١/ ٢٦٥.
(١٠) في أ: الروحية.

مقدرة على مذاق المحسوس وحقيقة المحسوس اجتماع فردين ليصيرا شيئًا واحدًا كشقي المقراضين، قالوا: ليس يجب المهر بالوطء ولو كان مجانًا لما وجب، قلنا: قد منع[١] القاضي حسين ذلك، ومع التسليم نقول: وجب لا بدل البضع، فإنها محللة بالنكاح، بل لأن النكاح اشتمل على ملك زائد ظهر أثره في الحجر، فالمهر مقابل به عند التسمية غير أن يد المالك[٢] لا تتأكد إلا بالوطء[٣].



(١) في ب وجـ: يمنع.
(٢) في ب وجـ: الملك.
(٣) في كل النسخ الوطى.

هوامش هذه المسألة:

التفويض: الإهمال.

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ... ولا سراة إذا جهالهم سادوا[١]

المفوضة المهر: هي التي تقول: على أن تفرض ما شئت[٢].

المفوضة البضع: هي التي لا تذكر شيئًا.

أمهر النبي عليه السلام عائشة متاع بيت قيمته خمسون درهمًا[٣]، وزينب[٤] بنت =

(١) مغني ابن قدامة ٦/ ٧١٣، وروضة الطالبين ٧/ ٢٧٨-٢٧٩، وعزا المعلق البيت للأفوه الأودي، وحاشية حلية العلماء ٦/ ٤٨٨.
(٢) روضة الطالبين ٧/ ٢٧٩.
(٣) رواه الطبراني في الأوسط، وفيه عطية العوفي وهو ضعيف وقد وثق كما في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ٤/ ٢٨٢، بلفظ: عن عائشة قالت: تزوجني رسول الله ﷺ على متاع يسوى أربعين درهمًا.
(٤) هي زينب بنت خزيمة بن الحارث بن عبد الله الهلالية، تدعى أم المساكين لكثرة معروفها، قتل زوجها عبد الله بن جحش يوم أحد، فتزوجها رسول الله ﷺ ولكن لم تمكث عنده إلا شهرين أو أكثر رضي الله عنها ثم توفيت، وقيل: كانت عند الطفيل بن الحارث وما روت شيئًا. سير أعلام النبلاء ٢/ ٢١٨، وشذرات الذهب ١/ ١٠، والعبر ٦١.

. . . .

= خزيمة أم المساكين[١] يب (١٢) أوقية ونشا، وأم سلمة متاعًا قيمته ١٠ دراهم[٢]. قال ثابت: قلت لابن أم سلمة: ما كان عطاها[٣]؟ فقال: جرتين[٤] ووسادة حشوها ليف ورحى. وزوجه النجاشي أم حبيبة على ٤٠٠٠ درهم[٥]، وصفية صداقها عتقها[٦]، وقيل: جارية اسمها رويزبة[٧].

* * *

(١) رواه الطبراني في الأوسط، وفيه عمر بن الأزهر وهو متروك كما في مجمع الزوائد ٤/ ٢٨٢، عن أبي سعيد الخدري، وقال الهيثمي أيضًا في مجمع الزوائد: ورواه أبو يعلى والطبراني وفيه الحكم بن عطية، وهو ضعيف ٤/ ٢٨٢، عن أنس، وأبو داود الطيالسي كما في منحة المعبود ١/ ٣٠٦، وكشف الأستار ٢/ ١٦١، وفيه قال البزار: لا نعلمه عن ثابت عن أنس إلا من طريق الحكم، وقال: ورأيته في موضع آخر: تزوجها على متاع ورحى قيمته أربعون درهمًا، وإحياء علوم الدين ٢/ ٣٦، وقال في المغني عن حمل الأسفار ٢/ ٣٦-٣٧: حديث: تزوج رسول الله ﷺ بعض نسائه على عشرة دراهم وأثاث بيت، وكان رحى وجرة ووسادة من أدم حشوها ليف، وعزاه لأبي داود الطيالسي والبزار وقال: ضعيف.

(٢) الدارقطني في سننه ٣/ ٢٤٦، والبيهقي في سننه ٧/ ٢٣٤، ورواه أحمد والنسائي كما في نيل الأوطار ٦/ ٣١٢-٣١٣.

(٣) لم أعثر عليه.

(٤) مسلم في صحيحه في النكاح: باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها ٢/ ١٠٤٥.

(٥) في أ: غطاها، ولعلها: أعطاها.

(٦) في أ: حرتين.

(٧) لم أعثر عليه.

المسألة الثامنة والأربعون بعد المائتين: رمح[١] .

هل تقرر الخلوة الصحيحة[٢] المهر؟

المذهب: لا[٣] .

عندهم: نعم[٤] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُن...**﴾[٥] الآية، فالتوصلة[٦] باللمس واجبة قبل الطلاق، فإن كانت الآية لإسقاط النصف فقد بقي النصف، وإن كانت لإيجاب النصف فإيجاب الواجب لا معنى له، ولا تحمل[٧] على اللمس باليد، فإنه[٨] لو كان في ملأ من[٩] الناس لم يقرر المهر، فاللمس هو الوقاع.

لهم:

قال النبي عليه السلام: «**من كشف خمار امرأة فعليه مهرها**»[١٠] فألحق

(١) في ب لج (٣٣)، وكذا في خاص أ.

(٢) في ب: المصححة.

(٣) روضة الطالبين ٧/ ٢٦٣، ورءوس المسائل ص ٤٠١، ومختصر المزني ص١٨٣، وتخريج الفروع على الأصول ص ٢٧٥.

(٤) تحفة الفقهاء ٢/ ١٤٠، ورءوس المسائل ص ٤٠١، والمبسوط ٥/ ١٤٨-١٤٩.

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٣٧.

(٦) في أ: فالتوكلة واجبة، وفي ب: فالتوصل باللمس واجبة.

(٧) في ب وجـ: يحمل.

(٨) في ب: كأنه.

(٩) في أ: ملا.

(١٠) الدارقطني في سننه ٣/ ٣٠٧، بلفظ: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق، دخل بها أو لم يدخل بها»، وقال في التعليق المغني عليه: في =

غير المسيس بالمسيس، وقال عمر رضي الله عنه لعنين[١] قرر عليه المهر: ما ذنبهن[٢] إن جاء العجز من قبلكم[٣]؟ نبه على أن الواجب عليهن التسليم لا غير.

الدليل من المعقول:

لنا:

خلوة خلت[٤] عن المسيس فلا تقرر المهر كالفاسدة، وعلى هذا نسلم أن النكاح معاوضة، ويلزمهم سقوط المهر على قياس المعاوضات، فإن البضع الذي هو المعوض بزعمهم قد عاد إليها سليماً.

لهم:

أتت بالتسليم الواجب عليها فينبغي أن يتأكد الواجب لها من العوض كما لو سلم الدار المستأجرة، وذلك لأن الواجب عليها تسليم هو غاية وسعها فاستحقت ما لها بما عليها لتتحقق[٥] المقابلة، والمعاوضة تثبت[٦] لكل حقًا على الآخر، ثم الزوج بسبيل[٧] من تقرير حقه بالوطء[٨] فيجب أن

= إسناده ابن لهيعة مع إرساله، وقال: لكن أخرجه أبو داود في المراسيل من طريق ابن ثوبان ورجاله ثقات. وكذا في تلخيص الحبير ٣/ ١٩٣.

(١) في أ: لعتبان، وهو خطأ.

(٢) في ب: ما دنهن.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٧/ ٢٥٥-٢٥٦، ومصنف ابن أبي شيبة ٤/ ٢٣٤، ومختصر المزني ص ١٨٣.

(٤) في ب: خلوه عن المستثنى فلا يقهر.

(٥) في ب: تتحقق.

(٦) في ب: يثبت.

(٧) في ب: بسبيله.

(٨) في ب وجـ و أ: بالوطى.

تكون[١] المرأة بسبيل من تقرير حقها بالتمكن[٢] كيلا يضربها .

مالك : إذا خلا بها وادعت الدخول فالقول قولها[٣] .

أحمد : ف[٤] .

التكملة :

الطريق في تقرير حقها أن ترفعه إلى الحاكم فيجبره على الوطء كما قالوا في زوجة المجبوب ، وقلنا في زوجة المولى ، ثم التسليم والتسلم متلازمان ، فلما لم يوجد (التسليم لم يوجد)[٥] التسلم ، والفرق بين الإجارة ومسألتنا أن يفهم أن الاستيفاء يتضمن حصول الغرض للمستأجر وفواته في حق المؤجر ، والمقتضي لقرار العوض فواته في حق المكري[٦] تحقيقًا لمعنى الجبر وقد تحقق الفوات عند التمكين[٧] ، أما هاهنا فبالخلوة لا يفوتها شيء لأن منفعة البضع لا تفوت[٨] إلا بالاستيفاء ، وكذلك الحر إذا أجر نفسه فهو بالتمكين يعطل نفسه ، والضابط أن فوات المعقود عليه في جهة[٩] الوفاء

(١) في ب : أن يكون للمرأة .

(٢) في ب : التمكين ، وفي جـ : بالتمكين .

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١١١ .

(٤) المغني لابن قدامة ٦/ ٧٢٤ .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٦) في ب وجـ : المكترى .

(٧) في ب : التمكن .

(٨) في ب : يفوت .

(٩) في ب : من جهة الوقاء .

هوامش هذه المسألة :

الوطء في الدبر لا يحصل به إحلال ؛ لأنها ما ذاقت العسيلة ولا الإحصان ؛ لأنه فضيلة تعلق بوطء كامل وهذا غير كامل ، ولا يحصل إيفاء حق المولى والعنة ، لأن =

بحكم العقد سبب لتقرير العوض، وهذا يوجد عند الاستيفاء والتمكين جميعًا في سائر العقود ولا يوجد في النكاح إلا عند الاستيفاء.

* * *

= ذلك لحق المرأة وحقها بالوطء في القبل وبكارتها باقية فإذنها صماتها[1].

زيد[2] بن أسلم ونافع[3] قالا: وطء النساء في أدبارهن مباح[4].

وهو مذهب الإمامية[5].

نقل عن مالك أنه قال: ما أدركت أحدًا أقتدي به في ديني يشك أن وطء النساء في أدبارهن حلال[6]، والعراقيون من أصحابه ينكرون ذلك[6].

* * *

(١) مغني ابن قدامة ٧/ ٢٣.

(٢) هو زيد بن أسلم، مولى عمر بن الخطاب، أبو أسامة، من المتقنين، فقيه عابد علامة، لقي ابن عمر وجماعة، وكان له حلقة للفتوى والعلم بالمدينة. قال أبو حازم: لقد رأينا في حلقة زيد ابن أسلم أربعين فقيهًا، أدنى خصلة فينا التواسي بما في أيدينا، له تفسير القرآن يرويه ابنه عبد الرحمن. توفي سنة ست وثلاثين ومائة.
(كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٨٠، والعبر ١/ ٤١٤، شذرات الذهب ١/ ١٩٤).

(٣) هو نافع الديلمي مولى عبد الله بن عمر، أبو عبد الله، فقيه المدينة، كان من جلة التابعين. بعثه عمر بن عبد العزيز إلى مصر يعلمهم السنن، روى عن عائشة وأبي هريرة. كان من سبي أبرشهر، من المتقنين، توفي سنة ١١٧ هـ، وفي كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٨٠، مات سنة ١١٩ هـ. (شذرات الذهب ١/ ١٥٤، والعبر ١/ ١١٣).

(٤) المغني لابن قدامة ٧/ ٢٢.

(٥) المختصر النافع للحلي ص ١٩٦، وقال: فيه روايتان: أشهرهما الجواز على الكراهية، ومثله في شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٢/ ٢٧٠.

(٦) تكملة المجموع للمطيعي ١٥/ ٢٩٥، ومغني ابن قدامة ٧/ ٢٢.

المسألة التاسعة والأربعون بعد المائتين: رمط[١] .

إذا وهبت المرأة صداقها من زوجها .

المذهب: يرجع عليها بقيمة نصف المهر[٢] في القول المنصور[٣] .

عندهم: لا يرجع وهو القول الثاني[٤] .

الدليل من المنقول:

لنا:

الآية العزيزة[٥] .

وجه الدليل أنه أثبت الرجوع إلى النصف إن أمكن، وأجمعت الأمة على أنه إن لم يمكن رجع إلى القيمة .

لهم: . . .[٦] .

---

(١) في ب لد ٣٤، وكذا في خاص أ .

(٢) في ب: الصداق .

(٣) روضة الطالبين ٧/ ٣١٦، وحلية العلماء ٦/ ٤٨٠ .

(٤) روضة الطالبين ٧/ ٣١٦، والهداية مع البناية ٤/ ٢١٩ ـ ٢٢٠ .

(٥) المقصود قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ...﴾ الآية .

(٦) بياض في ب وجـ، وبخط مغيار في أ، ونصه: «إذا اختلف[١] الزوجان في قبض الصداق فقال أبو حنيفة والشافعي: في بعض البلاد التي يكون العرف فيها تعجيل الصداق قبل الدخول كما كان بالمدينة إذا اختلفا بعد الدخول فالقول قول الزوج، وإن كان قبله فالقول قولها[٢]» .

---

(١) الإفصاح ٢/ ١٣٧، وليس فيه وأحمد بعد الشافعي .

(٢) في النسخة أ: القول لها، وما أثبته هو ما في الإفصاح .

الدليل من المعقول:

لنا:

مطلقة غير ممسوسة فثبت[(١)] للزوج عليها نصف المهر بإثبات الله تعالى عند الطلاق، ولو كان عين[(٢)] المهر تالفة كان له قيمة النصف، والخارج عن ملكها كالتالف في هذا المعنى فلا يمنع ذلك عوده إلى ملكه كما لو وهبته[(٣)] من أجنبي ووهبه لها وكما لو ابتاعه منها، ولا يمنع ذلك عوده إليها مجانًا[(٤)] كما لو وهبت لعبد الزوج.

لهم:

الصداق عاد إليه منها فلا يرجع إليها عند الطلاق بشيء كما لو كان دينًا فأبرأته منه، ذلك لأنا لو خلينا والقياس كنا إما أن نرد الصداق كله إذا[(٥)] عاد المعوض إليها سليمًا أو نقرره كله لأن الزوج يسقط[(٦)] ملكه كالعتاق في ملك اليمين لكن الشرع حكم برد النصف وقرر النصف ثم كان (تقرير النصف[(٧)] مسندًا) إلى أصل العقد فكان الرد كذلك فملكها النصف غير متقرر[(٨)].

مالك: ف[(٩)].

---

(١) في ب: يثبت.
(٢) في ب: غير.
(٣) في ب: وهبه.
(٤) في ب: مجازًا.
(٥) في ب: إذا.
(٦) في أ: مسقوط.
(٧) في ب: تقرير مستند.
(٨) في ب: مقرر.
(٩) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١١١.

أحمد: ف[١] .

التكملة:

الخصم هو المدعي كون الهبة من الزوج مانعًا من الرجوع فعليه الدليل، فإن قيل: إنما يعدل إلى القيمة عند فقد[٢] العين وعين الصداق قائمة في يده فليمسكه عن جهة الصداق، ذلك لأن الهبة موقوفة فإن سلمت العاقبة عن الطلاق سلم ما قدرناه من هبة وإن طلق انصرف إلى جهة الصداق كالزكاة تعجل قبل مضي الحول فنحكم[٣] بكونها زكاة (بشرط سلامة[٤] النصاب)، فإن لم يسلم كانت صدقة، الجواب: إن إمساكه عن جهة الصداق يعارضه إمساكه عن جهة الاتهاب فما المرجح؟ وبالجملة لا نسلم عود الصداق إليه، فإن معناه عود ملك الصداق لا عينه[٥] بدليل المسائل المذكورة، والطلاق لا يفسخ[٦] عقد النكاح ولا عقد الصداق حتى ينتقض الملك فيه، وإنما هو إسقاط ملك البضع، ولكن الشرع أثبت للزوج ملكًا جديداً في نصف الصداق لكونه بذل المال في طلب مقصود ولم يحصل له مقصوده، ونعلم[٧] ظاهراً أن الزوج إنما يقدم على الطلاق لضرورة فنجبره[٨] على المهر مع فوات المقصود إضراراً به فأعطاه نصف المهر وقد تعذر هاهنا بخروج الصداق عن ملكها فرجع إلى القيمة.

---

(١) مغني ابن قدامة ٦/ ٧٣١-٧٣٢، والمبدع ٤/ ١٥٩.

(٢) في أ: نقد.

(٣) في ب: فيحكم.

(٤) ما بين القوسين في ب: سلامة بالنصاب.

(٥) في ب: لا عود عينه.

(٦) في ب: لا نفتح.

(٧) في ب: ويعلم.

(٨) في ب: لتخيره كل المهر.

المسألة الخمسون بعد المائتين: رن[١] .

إذا تزوجها على ثوب هروي .

المذهب : فسدت التسمية ووجب[٢] مهر المثل[٣] .

عندهم: التسمية صحيحة ويجب الوسط[٤] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٥].

لهم: . . .[٦].

الدليل من المعقول:

لنا:

المسمى مجهول فيفسد، ويجب مهر المثل كما لو قال: ثوبًا أو حيوانًا

---

(١) في ب: له ٣٥، وكذا في خاص أ.

(٢) في ب : وجب.

(٣) روضة الطالبين ٧/ ٢٦٤.

(٤) الاختيار مع المختار ٣/ ١٠٧.

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «هل تملك المرأة الصداق بالعقد أم لا؟ فقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد: تملكه، وقال مالك: لا يستقر ملكها له إلا بالدخول أو موت الزوج وما لم يدخل بها أو يمت عنها فهو مراعى لا تستحقه بمجرد العقد، وإنما تستحق نصفه»[١] .

(٦) بياض في ب وجـ، وبخط مغيار في أ، ونصه: «وأما اعتبار مهر المثل فقال أبو حنيفة: يعتبر بقراباتها من العصبات خاصة، وقال مالك: يعتبر بأحوال المرأة في جمالها وشرفها ومالها دون نسائها، وقال الشافعي: يعتبر بأقربائها من عصباتها دون غيرهن، وعن أحمد مثله»[٢] .

---

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٣٦، وفيه أو يموت بدلاً من أو يمت.

(٢) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٣٧، بتصرف بسيط.

مطلقين، وتأثيره(١) أن المسمى يراد(٢) للوصول إليه وجهله يمنع لاختلاف(٣) الصفات(٤) فيتعارض(٥) الوصف غيره.

لهم:

تسمية مال(٦) لا بازاء مال فصح مع جهالة الوصف كتسمية الشرع الزكوات وأسنان(٧) الديات، ذلك لأن البضع ليس مالاً.

وتأثيره أن العقد يصير التزامًا(٨) بمال؛ لأنه عدم بالإضافة(٩) إلى المعاوضة وابتداء التزام(١٠) المال صحيح من الجهالة، دليله(١١): الإقرار بالمجهول.

مالك: وافق أبا حنيفة(١٢).

أحمد: ف(١٣).

---

(١) في ب: وناشزه.
(٢) في ب: يزاد.
(٣) في ب: لا خلاف.
(٤) الصفات: ساقطة من ب.
(٥) في ب: متعارض.
(٦) في ب: تسمية مال بإزاء مال.
(٧) في ب: أو سنان الذباب.
(٨) في ب: إلزامًا.
(٩) في أ: الإضافة.
(١٠) في ب: الزام.
(١١) في ب: دليل.
(١٢) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١١٢.
(١٣) الكافي لابن قدامة ٣/ ٨٦.

التكملة:

نمنع[١] دعواهم أنه ليس بمال ونسلمها وندعي التقوم ولا نسلم أنه التزام[٢] ابتداء إذ قد بذله في مقابلة شيء وإذا كان متقومًا فالقيمة الشرعية أولى، ولو صح ما قالوه من النزول على الوسط صح أن يزوجه إحدى بناته إذا كان له ثلاث كبرى ووسطى وصغرى ويصرف إلى الوسطى، ولوجب[٣] أن يصح[٤] التسلم[٥] على هذا الوجه، فإن قالوا: الصداق أحد عوضي[٦] النكاح، فصح مجهولاً كالبضع فنقلت[٧] فلا يصح[٨] غير معين كالبضع؛ ولأنه ليس[٩] إذا لم يعتبر في أحد العوضين لم يعتبر في الآخر كالقبض في السلم والمعتبر الوصف[١٠]، فإن قالوا: جهالة مهر المثل أكثر، فالجواب: مهر المثل يجب بتلف البضع عليها بعقد النكاح وما يجب بالإتلاف يصح[١١] أن يكون مجهولاً وهاهنا عوض يجب بالشرط والتسمية فلا يصح[١٢] مجهولاً كالعوض في البيع والإجارة.



(١) في أ: يمنع.
(٢) في ب: الزام.
(٣) في ب: ويوجب.
(٤) في أ: يقبح.
(٥) في ب: السلم.
(٦) في ب: عوض.
(٧) في ب: فنقلب فيقول.
(٨) في ب: فلا يصح مجهولاً غير معين.
(٩) في ب: لمس.
(١٠) في ب: والتعيين والوصف.
(١١) في ب: فيصح.
(١٢) في ب: فلم.

. . . .

هوامش هذه المسألة:

ابن أبي ليلى: يعتبر مهر المثل بالأم والخالات[١].

الأصل في المتعة قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾[٢] فعندنا أنها واجبة[٣]، وعندهم مستحبة[٤]، والنص ورد في المفوضة إذا طلقت قبل الفرض والمسيس حيث ليس لها نصف مهر[٥].

❊ ❊ ❊

(١) البناية في شرح الهداية ٤/ ٢٤٩، وحلية العلماء ٦/ ٤٩٣.

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٣٦.

(٣) تكملة المجموع للمطيعي ١٥/ ٢٦٧، وحلية العلماء ٦/ ٥١٠.

(٤) الكتاب مع شرحه اللباب ٢/ ١٩٨.

(٥) المهذب مع التكملة ١٥/ ٢٦٥.

لوحة ٦٢ من المخطوطة أ :

إذا خالعت في مرضها فمهر المثل من رأس المال وما زاد من الثلث[١] خلافًا له[٢] وقوله تعالى: ﴿ لعدَّتِهِنَّ ﴾[٣] أي في عدتهن[٤]، والعدة: الطهر الذي لم يصبها فيه. قال الله تعالى: ﴿ وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَامَةِ ﴾[٥] أي في يوم القيامة[٦]. واعلم أن النبي عليه السلام طلق حفصة ثم راجعها[٧]. واعلم أن الطلاق في الطهر الذي جامعها فيه وطلاق الحائض[٨] مكروه[٩]، وطلاق المولي ومن قضى عليه الحكمان واجب[١٠]، وطلاق الموافقة مكروه[١١]، وطلاق من بينهما[١٢] نبوة[١٣] مستحب[١٠]، ومسألة حل الجمع بين الطلقات تنبني[١٤] على فهم هذه القاعدة وهي معنى

---

(١) روضة الطالبين ٧/ ٣٨٧، وحلية العلماء ٦/ ٥٥٨.

(٢) المختار مع الاختيار ٣/ ١٦٠، والمبسوط ٦/ ٦١.

(٣) سورة الطلاق، آية: ١.

(٤) في ب: أي عدتهن بإسقاط «في»، وانظر: أحكام القرآن لابن العربي ٤/ ١٨٢٤.

(٥) سورة الأنبياء، آية: ٤٧.

(٦) تفسير ناصر الدين البيضاوي مع المصحف ٢/ ٤٧.

(٧) البيهقي في سننه في الخلع والطلاق ٧/ ٣٢٢، والنسائي في سننه: باب الرجعة ٦/ ٢١٣.

(٨) في ب: وطلاق الحيض فمكروه.

(٩) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٣٩٤، وسماه محرمًا.

(١٠) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٣٩٠، وحلية العلماء ٧/ ١٨.

(١١) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٣٩٥.

(١٢) بينهما: ساقطة من ب.

(١٣) في ب: بنوة.

(١٤) في ب: ينبني.

المشروع وغير المشروع، وقبول[١] المشروع يطلق بمعنى المباح ومقابله غير المشروع بمعنى المحظور والمكروه، وقد يطلق المشروع بمعنى الموضوع شرعًا سببًا أو حكمًا أو شرطًا، ويقابله[٢] غير المشروع بمعنى المعرض عنه الملغى[٣] في حق الأحكام إذ قد[٤] يقسم الشرع إلى شرع الإباحة والإطلاق، وإلى شرع الوضع والاعتبار، ثم الوضع يقسم إلى ما وضع على وفق المصلحة العامة والحكمة[٥] الكلية وتسمى عزيمة[٦]؛ وإلى ما وضع على خلاف الأصل لحاجة أو ضرورة خاصة فتسمى رخصة، وننظر هذه المسألة إلى مسألة التخلي[٧] من جهة كون النكاح عندهم سنة فنقيضه بدعة، ونقول: النكاح تأباه الحرية، واعلم أن من لم يدخل بها ليس في طلاقها سنة ولا بدعة وكذلك من دخل بها[٨] إذا كانت حاملاً أو صغيرة أو آيسة[٩]، وإنما السنة والبدعة في طلاق المدخول بها إذا كانت حائلاً من ذوات الأقراء، فإذا قال[١٠] لإحدى من لا سنة ولا بدعة في طلاقها: أنت طالق للسنة أو للبدعة وقع في الحال[١١]، واعلم أن العدد ليس فيه سنة ولا بدعة عندنا، وإنما

---

(١) في ب: فيقول.
(٢) في ب: أو يقابله.
(٣) في أ، ب: الملغا.
(٤) في أ: فإذًا قد نقسم.
(٥) في ب: والحكم.
(٦) في ب: غريمه.
(٧) في ب: البحلي.
(٨) في أ: أو كانت.
(٩) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٣٩٤، وروضة الطالبين ٨/ ٧.
(١٠) في ب: كال.
(١١) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٤٧٠ـ ٤٧٢.

تتعلق السنة والبدعة بالوقت، فإذا قال[١] أنت طالق ثلاثًا للسنة، فإن كانت في زمـان السنة[٢] أعني طهرًا لم يصبها فيه وقعت الثلاث، وإن كانت في زمان البدعة لم يقع عليها شيء في زمان السنة، وإن قال: إذا حضت[٣] فأنت طالق فهذا قد أوقع[٤] طلاق البدعة وأثم به[٥].

وإن قال: إذا طهرت فأنت طالق، فقد أوقع طلاق السنة، وإذا قال: أنت طالق ملء مكة[٦] أو ملء الدنيا وقعت واحدة، لأن الطلاق حكم فإذا وقع وقع في جميع الدنيا[٧]، قال أبو حنيفة: تقع[٨] بائنة[٩]، إذا قال: أنت طالق أكثر الطلاق وقع ثلاثًا لأن الطلاق وقع ثلاثًا؛ لأن الطلاق يوصف بالكثرة[٧]، إذا قال: أنت طالق أكمل الطلاق وقعت واحدة سنة[١٠]، إذا قال لها: إن بدأتك بالكلام فأنت طالق فقالت: إن بدأتك بالكلام فعبدي حر فكلمها وكلمته لم تطلق ولم يقع العتق[١١]، إذا قال لها وهي واقفة في ماء جار: إن وقفت في هذا الماء فأنت طالق وإن خرجت فأنت طالق فوقفت أو

(١) في ب: فإذا قال لها.
(٢) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٤٧٠ ـ ٤٧٢.
(٣) في ب: حضيت.
(٤) في ب: وقع.
(٥) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٤٨٣.
(٦) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٤٧٨، وحلية العلماء ٧/ ٧٣.
(٧) روضة الطالبين ٨/ ٧٧، والمهذب مع التكملة ١٥/ ٤٥٣، وحلية العلماء ٧/ ٧٤.
(٨) في ب: يقع ثانية.
(٩) المختار مع الاختيار ٣/ ١٣٠، وحلية العلماء ٧/ ٧٤.
(١٠) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٤٥٣ ـ ٤٥٤.
(١١) في المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٥٣٢.

خرجت لم تطلق، لأن الماء الذي أشار إليه لم تقف فيه[١] ، إذا قال: أنت طالق إن شئت فقالت: قد شئت إن شئت فقال: قد شئت لم تطلق[٢] ، لأن المشيئة خبر عما في نفسها[٣] من الإرادة وذلك لا يتعلق[٤] بشرط؛ لأنه إخبار عن فعل ماض فلم تقع[٥] مشيئتها بوجوب مشيئته؛ ولأنها أخرت الجواب ويجب على الفور[٦] .

* * *

(١) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٥٣٦ ـ ٥٣٧.
(٢) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٥٤٠.
(٣) في ب: نفسهما.
(٤) في ب: تتعلق.
(٥) في ب: فلم يقع مشبهًا بوجود.
(٦) في ب: الفورة.

* * *

مسائل الخلع والطلاق

المسألة الحادية والخمسون بعد المائتين: رنا[(١)] .

ما هو الخلع[(٢)] ؟ .

المذهب: فسخ على المنصور حتى لو تكرر لم يحتج إلى محلل[(٣)] .

عندهم: طلاق وهو القول الآخر[(٤)] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[(٥)] .

لهم: . . .[(٦)] .

---

(١) في ب : لو ٣٦، وكذا في خاص أ .

(٢) الخلع : أن يفارق امرأته على عوض تبذله له، وفائدته : تخلصها من الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها، وعقد جديد . كما في المطلع ص ٣٣١ .

(٣) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٣٤٠ـ٣٤١، والتنبيه ص ١٧١، وحلية العلماء ٦/ ٥٤١ .

(٤) المختار مع الاختيار ٣/ ١٥٦، وتحفة الفقهاء ٢/ ١٩٩، والمبسوط ٦/ ١٧١ .

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه : «الخلع هل هو فسخ أو طلاق؟ قال أبو حنيفة ومالك وأحمد في إحدى الروايتين : هو طلاق بائن، وعن أحمد رواية أخرى أنه فسخ وليس بطلاق، وعن الشافعي كالمذهبين»[(١)] .

(٦) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه : «هل يملك الأب أن يخالع عن ابنته الصغيرة بشيء من مالها؟ فقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد : لا يملكه، وقال مالك : يملكه»[(٢)] .

---

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٤٤ .

(٢) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٤٥ .

الدليل من المعقول :

لنا :

فرقة تعرب عن صريح الطلاق ونيته ، فكانت فسخًا ، كما إذا اشترى المملوكة (إذا عتقت[١] الأمة تحت عبد فاختارت الفراق) والخلع يشعر (بمعنى[٢] الفسخ) كخلع العظم والثوب ، وعلى هذا[٣] القول لو نوى به الطلاق لم يصح لكونه صريحًا في معنى الفسخ[٤] ، وقد تقول : هو ظاهر في الفسخ[٤] وبالنية يصرف إلى الطلاق .

لهم :

فرقة متعلقة بسبب يختص[٥] النكاح ، فكانت طلاقًا كما لو طلقها على مال ؛ ولأنه لو كان فسخًا ما صار بالنية طلاقًا كما أن الطلاق لا يصير بالنية فسخًا .

مالك : ف[٦] .

أحمد : ق[٧] .

---

(١) في ب : وأعتقت الأمة تحت عبده أو حارت الفراق .
(٢) في ب : لمعنى النسخ .
(٣) في ب : هذا القول .
(٤) في ب : النسخ .
(٥) في ب : يحتص .
(٦) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١١٥ ، والقوانين الفقهية ص ١٥٤ ، والتفريع ٢/ ٨١ ، والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي عليه ٢/ ٣٤٧ ، والمنتقى للباجي ٤/ ٦٧ .
(٧) المقنع مع المبدع ٤/ ٢٢٦ ، وهداية أبي الخطاب ١/ ٢٧٢ ، في إحدى الروايتين ، ومغني ابن قدامة ٧/ ٥٦ .

التكملة:

قالوا: لو كان فسخًا لسقط المهر قبل المسيس وبعده، قلنا: يسقط المهر في الجانبين، بيانه أن الممسوسة إذا اختلعت سقط مهرها لكن لزمه مهر المثل بالوطء ولابد من معيار فيه فكان المعيار ما تراضيا عليه، وكذلك في غير الممسوسة، فإنها تستحق المتعة عند الطلاق، فكان نصف المسمى متعة النكاح وقد سقط المهر كله، قالوا: لو كان فسخًا[1] لما جاز على عوض جديد كسائر العقود. قلنا: ليس مال الخلع عوضًا، وإنما هو مال قد أثر عينًا[2] للزوج في الخلع، وبذلك نطق الكتاب العزيز فالخلع فسخ، والمال[3] زائد لطلب الخلاص والمسألة دقيقة لأن قبول العقد للفسخ يحتاج إلى دليل من نص ولا نص، أو بقياس على عقد قابل للفسخ يدعي أنه مشبه لعقد النكاح في علة قبول الفسخ، وللقياس مسلكان. أحدهما: القياس على ما ثبت في النكاح من أنواع القطع وهو ثلاثة: الطلاق وارتفاع النكاح ضرورة الرضاع وأمثاله، وأنواع الخيار كما في الجب والعنة والمعتقة[4] تحت العبد، والمسلك الآخر قياس النكاح على العقود[5] الثابتة، والحرف أن النكاح عندنا قابل للفسخ.

(١) في جـ: نسخًا.
(٢) في ب وجـ: عيبًا.
(٣) في ب وجـ: فسخ المال زايدًا طلب.
(٤) من أ: سقطت (والمعتقة).
(٥) في ب وأ: المعقود.

هوامش هذه المسألة:

فائدة الخلاف إن قلنا: هو فسخ لم ينتقص به عدد الطلقات ولا يحتاج إلى نية الطلاق، وبالجملة أنه متى كان بلفظ الطلاق أو بلفظ الخلع ونوى به الطلاق[1] كان طلاقًا.

داود: لا يصح الخلع إلا عند الخصام[2].

(١) حلية العلماء ٦/ ٥٤٢_٥٤٣.
(٢) المغني لابن قدامة ٧/ ٥٤.

طاوس: لا يجوز أن يأخذ أكثر مما أعطاها[١] .

الحسن البصري: لا يجوز الخلع إلا عند سلطان[٢] .

الزهري: الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة، أو رده والرجعة[٣].

* * *

(١) المغني لابن قدامة ٧/ ٥٣، وحلية العلماء ٦/ ٥٤٣، وعبد الرزاق في مصنفه ٦/ ٤٩٦، ٦/ ٥٠٢، وتكملة المجموع ١٥/ ٣٣٤.

(٢) المغني لابن قدامة ٧/ ٥٢، وعبد الرزاق في مصنفه ٦/ ٤٩٥، وحلية العلماء ٦/ ٥٤٣.

(٣) المغني لابن قدامة ٧/ ٥٩، وتكملة المطيعي للمجموع ١٥/ ٣٥٦، وحلية العلماء ٦/ ٥٤٤.

* * *

المسألة الثانية والخمسون بعد المائتين: رنب[1] .

هل يلحق المختلعة طلاق؟

المذهب: لا ، وإن كانت معتدة[2] .

عندهم: يلحقها الصريح دون الكناية[3] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قال عليه السلام: «**المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق، وإن كانت في العدة**»[4] .

لهم:

قال تعالى: ﴿**الطَّلاقُ مَرَّتَانِ**﴾[5] إلى قوله: ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾[5] إلى قوله: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ**

---

(١) في ب: لز ٣٧، وكذا في خاص أ.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٣٥٥.

(٣) الجوهر النقي ٧/ ٣١٧، وعزاه لأبي حنيفة والثوري والأوزاعي وابن المسيب وشريح وطاوس والزهري، والمبسوط ٦/ ١٧٥، وتحفة الفقهاء ٢/ ١٨٥، ورءوس المسائل ص ٤٠٥.

(٤) البيهقي في سننه في: باب المختلعة لا يلحقها الطلاق ٧/ ٣١٧، عن ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم أنهما قالا في المختلعة يطلقها زوجها، قالا: لا يلزمها طلاق؛ لأنه طلق ما لا يملك. قال: وبمعناه رواه سفيان الثوري عن ابن جريج وهو قول الحسن البصري، وابن أبي شيبة في مصنفه ٥/ ١١٩ ـ ١٢٠، وهو قول ابن عباس وابن الزبير.

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٢٩.

بَعْدُ﴾[١] شرع الخلع عقيب الطلاق الرجعي، وبين أن الطلاق الثلاث[٢] إذا وقع فوت الحل، وقال عليه السلام: «**المختلعة يلحقها الطلاق صريحًا ما دامت في العدة**»[٣].

الدليل من المعقول:

لنا:

الطلاق شرع لقطع النكاح، ولا نكاح في المحل فلا يقع الطلاق كالمعتدة عن الشبهة والمفسوخ نكاحها، دليل المقدمة الأولى: أن من طلق انقطع نكاحه، دليل المقدمة الثانية: أن الخلع فسخ ولا وجود للمفسوخ[٤] بعد الفسخ.

لهم:

لم يوضع الطلاق لإزالة الملك فلا تفتقر[٥] صحته إلى ملك، ونقول: طلاق صدر من أهله في محل تحت[٦] ولايته فينعقد كالطلقة الثانية[٧] في حق الرجعية[٨]، وذلك لأن حكم الطلاق الحرمة لا إزالة[٩] النكاح، فإنه مراد

(١) سورة البقرة، آية: ٢٣٠، ومن ب: سقط: «له من بعد»، ومن جـ: سقط: «من بعد».

(٢) في أ: الثالث.

(٣) الجوهر النقي على سنن البيهقي ٧/ ٣١٧، ونصه: «عن يحيى بن كثير قال: كان عمران ن حصين وابن مسعود يقولان في التي تفتدي من زوجها: لها طلاق ما كانت في عدتها، وقال: رجال هذا السند على شرط الجماعة. وابن أبي شيبة في مصنفه ٥/ ١١٧-١١٩.

(٤) في أ: للفسوخ.

(٥) في ب: يفتقر.

(٦) في ب وجـ: تجب ولايته.

(٧) في ب وجـ: البائنة.

(٨) في ب: الرجعة.

(٩) في ب وجـ: لإزالة.

الشرع فلا نفهم[1] له مزيلاً، والعدة من آثار[2] النكاح، فإن فيه ملك حل وملك يد والعدة إبقاء ملك اليد.

مالك: ق[3].

أحمد: ق[4].

التكملة:

المعتمد أن الطلاق تصرف تمليك[5] يملك النكاح ويستفاد منه فينقطع بزوال ملك النكاح كالظهار والإيلاء والرجعة والخلع والإبانة، فإن قالوا: العدة من حقوق النكاح بدليل ثبوت النسب والنفقة والسكنى، فإن انتفى النكاح من وجه فهو باق من وجه، فليكن ملك الطلاق آخر ما يرتفع تغليبًا لجانب الحظر، قلنا: هلا طردتم ذلك في الخلع والإيلاء والظهار، فهذه نقوض صريحة، وينتقض بالعدة في حق من انفسخ نكاحها بالردة، ثم العدة وجبت عندنا لحق الماء المحترم لا حقًا للنكاح، فعدة الوطء بالشبهة والنفقة ممنوعة إلا في حق الحامل لأجل الحمل والسبب هو عندنا من أثر النكاح السابق حتى إذا تراخت الولادة لم تحتمل[6] العلوق إلا في العدة لم تثبت[7]، وأما السكنى فمسلم وهو حكم عدة وجبت عقب[8] الطلاق لا

---

(١) في ب وجـ: يفهم.
(٢) في أ: أمر.
(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١١٦، والتفريع ٢/ ٨١.
(٤) مغني ابن قدامة ٧/ ٥٩.
(٥) في أ: تصرف بملك.
(٦) في ب: يحتمل، وفي جـ: يحتمل.
(٧) في ب: يثبت.
(٨) في ب وجـ: عقيب.

حكم النكاح، وأما سكنى النكاح فقد انقطع بدليل أن وجوب السكنى في النكاح يسقط برضا[1] الزوجة وهذا لا يسقط.

والحرف أن ملك الطلاق يثبت بناءً على النكاح؛ لأنه قاطع[2] له، هذا عندنا، وعندهم يثبت ابتداءً كالبيع وأمثاله.

* * *

(١) في كل النسخ: برضى.

(٢) في أ: ما طلع.

هوامش هذه المسألة:

أبو ثور: إذا كان بلفظ الطلاق ثبتت الرجعة[1].

قال الحسن البصري: إن طلقها في المجلس لحقها[2].

* * *

(١) المغني لابن قدامة ٧/ ٥٩، وعزاه له، والمهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٣٥٦، وحلية العلماء ٦/ ٥٤٤.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٣٥٦.

المسألة الثالثة والخمسون بعد المائتين: رنج[(١)] .

تعليق الطلاق بالملك .

المذهب: باطل[(٢)] .

عندهم: صحيح[(٣)] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قال النبي عليه السلام: «**لا طلاق قبل النكاح**»[(٤)] .

لهم: . . .[(٥)] .

(١) في ب : لح (٣٨)، وكذا في خاص أ.

(٢) الوجيز ٢/ ٦٩، ٥٨، وروضة الطالبين ٨/ ٦٨ .

(٣) المختار مع الاختيار ٣/ ١٤٠، ورءوس المسائل ص ٤٠٧، والمبسوط ٦/ ١٢٧ .

(٤) رواه البزار من طريقه بلفظ: «**لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك**» كما في التلخيص الحبير ٣/ ٢١١، والبيهقي في سننه ٧/ ٣١٨ .

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «إذا علق طلاقها بصفة مثل أن يقول: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم إنه أبانها ثم عاد وتزوجها ووجدت الصفة وهي دخول الدار فقال أبو حنيفة ومالك: إن كان الطلاق الذي أبانها به دون الثلاث عادت اليمين[(١)] في النكاح الثاني وحنث بوجود الصفة، وإن كانت ثلاثًا لم تعد اليمين[(١)]، وللشافعي ثلاثة أقوال: أحدهما: تعود، والأخرى: لا تعود»[(٢)] .

(١) في أ: إليهن.

(٢) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٤٦، وآخر العبارة ناقص فهو كما يلي: وللشافعي ثلاثة أقوال: أحدها: كمذهبهما، والآخر: تعود عليه اليمين ويقع عليها الطلاق سواء بانت بالطلاق الثلاث أو بما دونها، والقول الثالث: لا يعود اليمين على كل حال.

الدليل من المعقول:

لنا:

من لا يملك الطلاق المباشر لا تنعقد له صفة الطلاق، دليله: الصبي والمجنون[١]، والتعليق تمهيد سبب الطلاق[٢]، لأن قوله: أنت طالق سبب وقد ذكره، فإذا قال: إن[٣] دخلت الدار فقد أتى بكلام آخر يعمل به[٤] للحاجة فيكون شرطًا دخل على الحكم لا على السبب فما أعدم قوله: أنت طالق فرجع إلى الحكم فاندفع.

لهم:

التعليق عقد يمين، فلا يشترط في صحته وجود ملك النكاح كاليمين بالله تعالى، ذلك لأنها شرط وجزاء عقد على نفسه به أمرًا ما، وكذلك تكون الأيمان فهو يتصرف في نفسه فلا[٥] يفتقر إلى سوى محلها وهو نفس الحالف.

مالك: إن عين ذلك بمدة صح وإلا لغا[٦].

أحمد: وافق في الطلاق، وفي العتق روايتان[٧].

التكملة:

معنى التطليق إيقاع الطلاق، ومساق كلامهم أن التطليق تصرف في

(١) في ب: المجنون بدون واو العطف.
(٢) في أ: لا قوله.
(٣) في ب وجـ: إذا.
(٤) «به»: ساقطة من ب وجـ.
(٥) في ب وجـ: ولا.
(٦) القوانين الفقهية ص ١٥٤.
(٧) هداية أبي الخطاب ٢/ ١٢.

الطلاق مقدر شرعي شرع بناء لا ابتداء، فإنه شرع لقطع النكاح، فكان شرعه قبله عبثًا، ويتأيد بالتعليق المطلق، فإنهم وافقوا على أنه لا يقع، صورته: أن يقول لأجنبية: إن دخلت الدار، فأنت طالق، وإنما لم يصح لانتفاء الملك وإلا هو أهل لإيقاع الطلاق والصيغة مفيدة[1]، ولم يعدم سوى الولاية، وإن سلمنا أن التعليق يمين لكن نقول: شرط صحته كونه[2] في ملك، والحاصل أن وقوع الطلاق مبني على انعقاد اليمين وانعقاده مشروط بكون الطلاق معلوم الوقوع وهو محل النزاع. إلزام لو قال لأجنبية: تزوجتك على ألف وطلقتك على مائة فقالت: تزوجت وقبلت الطلاق انعقد التزويج ولم يقع الطلاق، والخصم يدعي ملك التعليق قبل النكاح فهو المطالب بالحجة.

والحرف: أن عندنا التصرف في الطلاق دون ملكه لا يتصور، وعندهم التعليق ليس طلاقًا في الحال، وإنما يصير[3] طلاقًا عند وجود الصفة.

* * *

(١) في أ: مقيدة.

(٢) في أ: لكونه.

(٣) في أ: «لم يصر» بدل: «يصير».

هوامش هذه المسألة:

صورته في العام: كل امرأة أتزوجها أو كل عبد أملكه طالق أو حر[1]، وفي الخاص تزوجت فلانة وملكت فلانًا أو في القبيلة الفلانية[1].

قال الحسن البصري: إذا قال: إذا طلعت الشمس أو جاء الليل فأنت طالق طلقت في الحال لأن النكاح لا يكون مؤقتًا بالزمان، ألا ترى أنه لا يصح أن يتزوجها شهرًا[2].

للإمامية: كل طلاق يعلق على شرط لا يقع[3].

(١) رءوس المسائل ص ٤٠٧.

(٢) المغني لابن قدامة ٧/ ١٦٦، وعزاه لسعيد بن المسيب والحسن والزهري وقتادة ويحيى الأنصاري وربيعة ومالك.

(٣) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٣/ ٥٥، ٣/ ١٤، والمختصر النافع ص ٢٢٢.

المسألة الرابعة والخمسون بعد المائتين: رند[١] .

الجمع بين الطلقات .

المذهب: مباح والأولى التدرج فيهن[٢] .

عندهم: بدعة[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿**لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ**﴾[٤]، وقوله تعالى: ﴿**فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**﴾[٥]، وقوله تعالى: ﴿**وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ**[٦] **اللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ**﴾[٧] كما قال: ﴿**فَانكِحُوا**﴾[٨] .

لهم:

قيل للنبي عليه السلام: إن فلانًا طلق زوجته ألفًا، فقال: «**بانت منه بثلاث في معصية الله**»[٩]، وطلق رجل زوجته بين يديه ثلاثًا فغضب، وقال: «**أتلعبون بكتاب الله؟!**»[١٠]، وقال: «**تزوجوا ولا تطلقوا، فإنه يهتز**

---

(١) في ب: لط ٣٩، وكذا في خاص أ.

(٢) روضة الطالبين ٨/ ٩، ورءوس المسائل ص ٤٠٨ .

(٣) المختار مع الاختيار ٣/ ١٢٢، ورءوس المسائل ص ٤٠٨، والمبسوط ٦/ ٤ .

(٤) سورة البقرة، آية: ٢٣٦ .

(٥) سورة الطلاق، آية: ١ .

(٦) في أ وجـ: يغني، وهو لحن.

(٧) سورة النساء، آية: ١٣٠ .

(٨) سورة النساء، آية: ٣ .

(٩) البيهقي في سننه في الخلع والطلاق ٧/ ٣٣٢، بلفظ قريب منه عن ابن عباس .

(١٠) رواه النسائي في سننه في الطلاق: باب الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ ٦/ ١٤٢-١٤٣، وقال صاحب بلوغ المرام ص ٢٢٤: قال النسائي: رواته موثقون، والمحلى ١١/ ٤٦٠ .

له عرش الرحمن»[١] ، «وأبغض المباحات إلى الله الطلاق»[٢] ، وقال تعالى : ﴿ الطَّلاقُ مَرَّتَانِ . . . ﴾[٣] الآية .

الدليل من المعقول :

لنا :

الطلقات الثلاث مملوكة ومشروعة ، فلم يكره إيقاعها جملة كطلاق الأربع نسوة ، دليل المشروعية الآيات ، ونقول : طلقات جاز تفريقها على الأقراء فجاز تفريقها على أيام قرء[٤] واحد كطلقات أربع نسوة ، وتقريره أن الملك دليل الإباحة .

لهم :

أصل الطلاق محظور بدليل الآثار المروية وهو نظير النكاح المستحب فكان مكروهًا والواحدة رخص فيها فبقينا[٥] في الزائد على الأصل ، وكون الشرع شرع الطلاق سببًا ورتب عليه حكمًا لا يدل على حله بدليل الزنى والسرقة والظهار ، فإنه نصبها أسبابًا للأحكام وهي محرمة .

مالك : ف[٦] .

---

(١) الفردوس بمأثور الخطاب ٢/ ٥١ ، عن علي ، وكشف الخفاء ١/ ٣٦١ ، وقال العجلوني : قال الصغاني : موضوع ، وتاريخ بغداد ١٢/ ١٩١ ، وذكره في ترجمة عمرو بن جميع ، والجامع الصغير ٣/ ٢٤٣ ، ورمز له بالضعف ، وكنز العمال ٩/ ٦٦١ .

(٢) البيهقي في سننه في الخلع والطلاق ٧/ ٣٢٢ ، عن ابن عمر ، وكنز العمال ٩/ ٦٦٣ ، بلفظ مقارب له .

(٣) سورة البقرة ، آية : ٢٢٩ .

(٤) في أ : قرؤ .

(٥) في ب : فبقينا .

(٦) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٢٣ ، والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي عليه ٢/ ٣٦١ ، والقوانين الفقهية ص ١٥٠ .

أحمد: روايتان[١] .

التكملة:

يدلون على كراهية الطلاق بتحريمه في زمان الحيض والطهر الذي جامعها فيه إذ الحيض زمان النفرة والطهر الذي جامعها فيه زمان فتور الشهوة والطلقة الواحدة تحقق الخلاص، والزائد عليها واقع في محل الاستغناء[٢] . الجواب: نعم الطلاق على خلاف قياس النكاح ولكن النكاح على خلاف الأصل لأن الحرية في المحل تأباه، فكان الطلاق رداً إلى الأصل كالعتاق في ملك اليمين، نعم يتقرب بالعتاق؛ لأنه إسقاط لمحض حق العبد والطلاق لا يتقرب[٣] به، فإن النكاح يتعلق بحق الشرع والنبي عليه السلام طلق عند الحاجة، ويتأيد بتكميل المبعض وتأبيد الموقت وتصحيح[٤] المعلق والمبهم وكل هذا يناقض ما قرروه، والأسباب تنقسم إلى ما شرع للعباد وإلى ما شرع عليهم، ويتبين ذلك في الثمرات، فإن الحد مما شرع سببه عليهم، والملك في البيع مما شرع سببه لهم، وبالجملة شرع الطلاق عندنا شرع العزائم كالبيع، وعندهم شرع على منهاج الرخص.

---

(١) المقنع مع المبدع ٧/ ٣٦١، وهداية أبي الخطاب ٢/ ٤ ـ ٥، ومغني ابن قدامة ٧/ ١٠٢.

(٢) في ب وجـ: الاستغنى.

(٣) في أ: ويتقرب.

(٤) في أ: بصحيح.

هوامش هذه المسألة:

الظاهريون: الثلاث محرمة[١] .

الإمامية: الطلاق بعد الطلاق، وإن كان في طهرين لا يقع إلا أن يتخلل بالرجعة[٢]، ولا يقع الطلاق في الحيض[٣] ، ولا يقع في الطلاق المبهم[٣] .

---

(١) البناية في شرح الهداية ٤/ ٣٧٢، وحلية العلماء ٧/ ٢٢.

(٢) المختصر النافع ص ٢٢٣، والبناية في شرح الهداية ٤/ ٣٧٢.

(٣) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٣/ ١٤ ـ ١٥، والمختصر النافع ص ٢٢١.

المسألة الخامسة والخمسون بعد المائتين: رنه[١].

الكنايات[٢] هل تقطع[٣] الرجعة؟.

المذهب: لا[٤].

عندهم: تقطع[٥] بقوله: اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة[٦].

الدليل من المنقول:

لنا: ...[٧]:

---

(١) في ب م ٤٠، وكذا في خاص أ.

(٢) الكنايات: جمع كناية وهي ما هو مستتر، المراد من قولهم: كنيت أو كنوت الشيء إذا سترته، كما في البناية شرح الهداية ٤/ ٤٧٠، والصريح: ما هو مكشوف المراد. البناية شرح الهداية ٤/ ٤٧٠.

(٣) في ب: يقع.

(٤) روضة الطالبين ٨/ ٢٨.

(٥) في ب وجـ: ينقطع.

(٦) الظاهر أن العبارة هكذا: «تقطع إلا بقوله: اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة كما يدل على ذلك: النتف ١/ ٣٢١-٣٢٢، والكتاب مع اللباب ٢/ ٢٢٢-٢٢٣، والمختار مع الاختيار ٣/ ١٣٢، والفتاوى الهندية ١/ ٣٧٥، والهداية مع البناية ٤/ ٤٧٠.

(٧) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «الكنايات الظاهرة متى كان معها دلالة حال أو نوى الطلاق وقع الثلاث سواء[١] نواه أو نوى دونه، وسواء[١] كان مدخولاً بها أو غير[٢] مدخول بها»[٣].

---

(١) في أ: سوى.

(٢) الصواب: «أم».

(٣) الإفصاح ٢/ ١٥١، وجعلها من قول أحمد.

لهم: . . . [١].

الدليل من المعقول:

لنا:

الواقع بالكناية طلاق، وحكم الطلاق الرجعة، دليل الدعوى أن عندنا الجهة في رفع[٢] النكاح الطلاق[٣]، وعندهم: الطلاق أبيح للحاجة ويندفع بلفظه، والواقع طلاق بدليل أنه ينتقص به العدد فقد وجد سبب حق الرجعة بشرطه سليمًا عن معارض، فيجب إثباته؛ لأن سببها النكاح المتأكد لما فيه من الألفة.

لهم:

الزوج يملك الإبانة، والمحل يقبلها، وله أهلية التصرف بالعقل والبلوغ فصح كما لو كان قبل المسيس وبعد العدة، وبالخلع أيضًا يملكها، ولا نظر إلى المعوض[٤] في تمليك ما ليس له، والمعنى أنه مالك للنكاح، فملك إسقاطه.

مالك: الكنايات الظاهرة يقع بها الثلاث[٥].

---

(١) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «وأما الكنايات الباطنة الخفية إذا أتى لها وهي نحو قوله: اخرجي واذهبي وأنت مخلاة[١] فقال أبو حنيفة: هي كالكنايات الظاهرة إن لم ينو عددًا وقعت واحدة مبينة، وإن نوى الثلاث وقعت الثلاث[٢]، وإن نوى اثنتين وقعت واحدة»[٣].

(٢) في ب: وقع.

(٣) الطلاق: ساقطة من ب وجـ.

(٤) في أ: العوض.

(٥) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٢٩.

---

(١) في أ: محلاة.

(٢) في أ: الثلاثة.

(٣) الإفصاح ٢/ ١٥١.

أحمد: الكنايات الظاهرة ثلاث وإن نوى واحدة، والخفية يقع بها ما نوى[1].

التكملة:

انعقد الإجماع على أن الرجعة لا تنقطع[2] بقوله: أنت طالق ولا تحصل البينونة، فلا يخلو[3] إما إن كان ذلك من حيث أن البينونة غير مملوكة له[4] أو من حيث أن اللفظ قاصر، ولا قصور في اللفظ بدليل حصولها بمجرد الطلاق قبل[5] المسيس وإنباء اللفظ عن[6] موضوعه في اللسان لا تختلف[7] بالمسيس وعدمه، وأدل الألفاظ على مضادة النكاح الطلاق، ونمنع[8] أن القياس يقتضي انقطاع الرجعة بعد الطلاق، ونفرق[9] بين الطلاق والعتق والإبراء[10] بكون الشرع يتشوف إلى العتق وأمثاله ولا يتشوف إلى الطلاق لكن إلى ضده، ويلزمهم[11] ما سلموه من الكنايات الثلاث[12] ونعتذر[13]

---

(١) الفروع ٥/ ٣٢٨، والمقنع مع المبدع ٧/ ٢٧٨ ـ ٢٨٠، ومغني ابن قدامة ٧/ ١٢٧ ـ ١٣٢.

(٢) في أ: تنعقد، وفي ب: ينقطع.

(٣) في جـ: يخلوا، ومن ب سقطت: «يخلو».

(٤) له: سقطت من أ.

(٥) في ب: ليس.

(٦) في أ: غير موضوعة.

(٧) في أ: تختلف.

(٨) في ب: يمنع.

(٩) في ب: ويفرق.

(١٠) في ب الا نرى، وفي جـ: الا برى.

(١١) في ب وجـ: ونلزمهم.

(١٢) الثلاث: ساقطة من ب.

(١٣) في ب: ويعتذر، وفي ب وجـ: عن ما.

عما قبل المسيس بكون النكاح ما تأكد، ونعتذر[١] عن الخلع بأنا لو جوزنا له الرجوع أضررنا بالمرأة، ولا نسلم أن الصادر إبانة بل طلاق، بيانه: أن اللفظ إذا جعل كناية عن غيره فالمذكور حقيقة هو المنوي المكنى عنه دون الملفوظ[٢] فإن من نادى آدميًا بليدًا يا حمار كان المنادى الآدمي، يدل عليه أن نية الطلاق لابد منها فإذا تبين أن الواقع طلاق ثم الرجعة[٣] عقيبه مجمع[٤] عليها، ولا يعنيهم[٥] الاسترواح إلى لفظ الإبانة.

والحرف: أن عندنا الإبانة بعد المسيس غير مملوكة له بغير عوض ولا استيفاء[٦] عدد، وعندهم: هي مملوكة.

---

(١) في ب: ويعتذر.
(٢) في ب وجـ: اللفظ.
(٣) في ب وجـ: الرجعية.
(٤) في أ: فجمع.
(٥) في أ: بعينهم، وفي ب: نعنيهم.
(٦) في ج: استيفى.

هوامش هذه المسألة:

الكنايات: بائن، بتة، بتلة، حرام، خلية، برية، الحقي بأهلك، حبلك على غاربك، اذهبي، تقنعي، اعتدي، وما جرى هذا المجرى[١].

---

(١) الفروع ٥/ ٣٨٦-٣٨٧، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٢٩، وروضة الطالبين ٨/ ٢٦-٢٧، والمهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٤١٩، والجامع الصغير لمحمد ص ١٦٨، ١٦٩، والمختار مع الاختيار ٣/ ١٣٢-١٣٣، والكتاب مع اللباب ٢/ ٢٢٢-٢٢٤، ومغني ابن قدامة ٧/ ١٣٠-١٣٢، والفتاوى الخانية مع الهندية ١/ ٤٦٧-٤٦٩، والفتاوى الهندية ١/ ٣٧٤-٣٧٦.

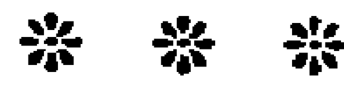
ومعنى هذه الألفاظ: بائن: مفارقة، من البين وهو الفراق.

خلية: خالية عن الزوج فارغة منه.

برية: بريئة عما يجب من حقوقي.

=

. . . .



= قال القاضي أبو الطيب الماسرجسي[١] : إذا قال : زوديني احتمل الطلاق لأن الزاد يكون للمسافر[٢] .

قال محمد : إذا قال : ليست لي بامرأة ونوى الطلاق لم يقع ؛ لأنه خبر هو كاذب فيه[٣] .

الإمامية : لا يقع الطلاق إلا بقوله : أنت طالق مع النية[٤] .



= وبتة : القطع ، وبتلة مثلها ، ومنه التبتل : أي الانقطاع عن النكاح ، وسميت البتول لانقطاعها عن الأزواج ، وسميت فاطمة البتول : لانقطاعها عن نساء زمانها دينًا وفضلاً وحسنًا .

وحبلك على غاربك : أي امضي حيث شئت ، والتعبير هنا عن الدابة يكون منقودها على غاربها ، وهو ما بين السنام والعنق ولا قائد لها فتذهب حيث شاءت بغير ممسك لها .

وتقنعي : أي غطي رأسك ، وقيل : استتري مني ولا يحل لي نظرك . كما في تكملة المجموع الثانية ١٥/ ٤٢١ .

(١) في أ : الماسرخسي ، وهو تصحيف ، ولعل العبارة : قال القاضي أبو الطيب الطبري عن شيخه الماسرجسي ، وهو أبو الحسن محمد بن علي بن سهل بن مصلح الماسرجسي ، كان إمامًا من الفقهاء الشافعية ، من أعلم الناس بالمذهب وفروع المسائل ، تفقه بخراسان والعراق والحجاز ، وصحب أبا إسحاق المروزي إلى أن مات ، وسمع الحديث من خاله المؤمل بن الحسن بن عيسى وأصحاب المزني وأصحاب يونس بن عبد الأعلى وغيرهم ، سمع منه الحاكم والقاضي أبو الطيب الطبري وغيرهما ، وتوفي سنة ٣٨٤ هـ عن ست وسبعين سنة .

(اللباب في تهذيب الأنساب ٣/ ١٤٨ ، والأنساب للسمعاني ٥/ ١٧١ ، وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ١١٦ ، ووفيات الأعيان لابن خلكان ٤/ ٢٠٢) .

(٢) لم أعثر عليه .

(٣) حلية العلماء ٧/ ٣٦ ، وعزاه لأبي يوسف ومحمد .

(٤) المختصر النافع ص ٢٢١ .

لوحة ٦٣ من المخطوطة أ :

إذا كتب[١] بالطلاق فإن تلفظ[٢] به وقع، وإن تلفظ به ولم ينو لم يقع[٣] خلافًا لأحمد[٤]؛ لأن (الكتابة تحتمل)[٥] تجويد الخط وتجربة القلم، وإذا كتب أنت طالق ثم استمد وكتب إذا وصل إليك كتابي نظرت، فإن فعل ذلك لحاجته[٦] إلى الاستمداد لم يقع الطلاق إلا بوصول الكتاب، وإن فعل ذلك من غير حاجة وقع الطلاق في الحال[٧] ، ولم يتعلق بالشرط، وهذا مثل أن يقول: أنت طالق ثم يسكت ثم يقول: إن دخلت الدار، فإنه لا يتعلق بالشرط، ولو سكت لانقطاع نفسه ثم ذكر الشرط تعلق به، واعلم أن من أصل الشافعي أن كل قبول في تمليك ، فإنما هو على الفور، واعلم أنه إذا قال: أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا وقع الثلاث لأن من شرط المستثنى أن يبقى بعده شيء من المستثنى منه[٨] ، إذا قال: أنت طالق أول آخر الشهر قيل: يقع في السادس عشر، وقيل: أول اليوم الأخير[٩] ، إذا قال: أنت طالق في شهر قبل ما بعد قبله رمضان، الأظهر أنه شوال؛ لأنه أوقع الطلاق في شهر وصفه بأن قال[١٠]: قبل[١١] ما بعد قبله رمضان، ذلك[١٢] يقتضي أن قبله

(١) في ب: كنت.
(٢) في ب: يتلفظ.
(٣) روضة الطالبين ٨/ ٤٠، وحلية العلماء ٧/ ٥١.
(٤) المغني لابن قدامة ٧/ ٢٣٩.
(٥) في ب: الكناية يحتمل.
(٦) في ب: لحاجة.
(٧) روضة الطالبين ٨/ ٤٥.
(٨) روضة الطالبين ٨/ ٩٢.
(٩) روضة الطالبين ٨/ ١١٧، وحلية العلماء ٧/ ٨٧.
(١٠) قال: سقطت من ب.
(١١) في ب: قيل.
(١٢) في ب: وذلك.

رمضان لأن ما بعد قبل الشهر هو الشهر نفسه وقبله رمضان[١] .

وإذ قال: إذا طلقتك فأنت طالق وقع طلقتان[٢] .

مسألة: إذا قال لها في حال الغضب كناية من كنايات الطلاق لم يقع حتى ينوي[٣] ، وقال أبو حنيفة: يقع في ثلاثة مواضع من غير نية وهي: اختاري، واعتدى، وأمرك بيدك[٤] ، لنا: أن كل لفظ في الرضا معناه في الغضب، ولا نظر إلى الحال يقتضي الشتم، فإن الكنايات التي سلموها تصلح للسبب.

مسألة: إذا قال: أنت بائن ونوى طلقتين[٥] وقع خلافًا لهم[٦] .

لنا: أن من ملك إيقاع طلقتين ملك إيقاعهما بقوله: أنت بائن كالحر تحته أمة، قولهم: إن هذا اللفظ غير محتمل للعدد[٧] ، وإنما أوقعنا الثلاث لأن الثلاث إحدى البينونتين واللفظ محتمل لها فأوقعناها من طريق المعنى لا من طريق العدد، لا يصح؛ لأن لفظ بائن يحتمل ما يفسر به.

---

(١) روضة الطالبين ٨/ ١٢٦، وتكملة المجموع ١٥/ ٥١٤.

(٢) روضة الطالبين ٨/ ١٢٨، وهذا فيما إذا كانت مدخولاً بها، أما إذا لم يدخل بها فتقع المنجزة وتحصل البينونة.

(٣) حلية العلماء ٧/ ٣٣.

(٤) تحفة الفقهاء ٢/ ١٨٢، وذكرها تسعة ألفاظ، منها: أنت بائن وأنت عليّ حرام وخلية وبريئة وبتة، واستبرئي رحمك. والهداية للمرغيناني ١/ ٢٤١، واستثنى ثلاثًا هي: اعتدى واستبرئي رحمك وأنت واحدة فيقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع إلا واحدة.

(٥) المهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٤٣٨.

(٦) المختار مع الاختيار ٣/ ١٣٣، ونصه: «ولو نوى الثنتين فواحدة»، والإشراف على مذهب العلماء ٤/ ١٦٧-١٦٨.

(٧) في أ: العدد.

مسألة: إذا قال: إذا لم أطلقك فأنت طالق فمضى زمان يمكنه أن يطلقها فيه فلم[١] يطلق وقع عليها الطلاق[٢].

وقال أبو حنيفة: هو على[٣] التراخي إلى الموت، والشافعي ينظر إلى أن إذا ظـــرف[٤] زمان فهي مثل متى، وأبو حنيفة ينظر إلى احتمالها للشرط فهي عنده مثل (أن[٥] وقد تجازى) بمتى، قال الشاعر:

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره تجد خير[٦] نار عندها خير موقد[٧]

ولله در القائل: تلك نار موسى.

مسألة: إذا قال لامرأته: أنت عليّ حرام ونوى تحريمها بغير طلاق لزمته كفارة يمين، وكذلك إذا قال ذلك لأمته[٨]، قال أبو حنيفة: هي يمين يصير بها موليًا من زوجته حالفًا[٩] في أمته[١٠]، لنا أنه كناية في الطلاق فلا تنعقد[١١] بها اليمين بالله تعالى كسائر الكنايات، وتعلق الكفارة بها لا يلزم،

---

(١) في ب: ولم.

(٢) روضة الطالبين ٨/ ١٣٣، وحلية العلماء ٧/ ٨٢.

(٣) على: ساقطة من ب.

(٤) في ب: طرف.

(٥) في ب: أنّ وقد يجازا.

(٦) في أ: حر.

(٧) البيت للحطيئة كما في التبصرة والتذكرة للصيمري ١/ ٤١٧، وابن يعيش في شرح المفصل ٢/ ٦٦، ٤/ ١٤٨، ٧/ ٤٥، ٥٢، ولسان العرب ٢/ ٧٨٨، وعزاه للحطيئة.

(٨) روضة الطالبين / ٢٨، وحلية العلماء ٧/ ٤٤ـ٤٥.

(٩) في ب: خالقنا.

(١٠) تحفة الفقهاء ٢/ ١٩٧.

(١١) في ب: يعتقد.

فإن الكفارة تتعلق عندهم بالحنث لا باللفظ.

مسألة: إذا قال: هذا الطعام عليّ حرام لم (يتعلق به شيء[1]، وقال أبو حنيفة: هو يمين يتعلق بالحنث بها الكفارة[2]، لنا: أنه لفظ لم يذكر فيه اسم الله تعالى فلم يكن يمينًا).

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من أ.

(٢) تحفة الفقهاء ٢/ ١٩٧.

* * *

المسألة السادسة والخمسون بعد المائتين: رنو[١] .

أيصح استعمال الطلاق وكناياته في العتاق؟ .

المذهب: نعم[٢] .

عندهم: لا[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٤] .

لهم: . . .[٥] .

الدليل من المعقول:

لنا:

(نوى بلفظ[٦] يحتمله فيقع ما نوى كاستعمال العتاق في الطلاق)

---

(١) في ب: ما ٤١، وكذا في خاص أ.

(٢) الوجيز ٢/ ٥٤.

(٣) الوجيز ٢/ ٥٤، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٣٠، وعزاه لهم وجعله موافقًا في قوله: لا سلطان لي عليك، ولا ملك لي عليك.

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «إذا قال: أنت طالق مثل عدد الماء والتراب فقال أبو حنيفة: هو واحدة تبين بها، وقال الشافعي وأحمد: هي ثلاث»[١].

(٥) [٢] الطلاق في حال استقامة الزوجين مكروه غير مستحب عند الثلاثة، وعند أبي حنيفة[٣] هو حرام مع استقامة الحال[٤].

(٦) في ب: نوى بلفظه ما يحتمله فيقع ما نوى باستعمال الطلاق في العتاق، وكذا في جـ.

---

(١) الإفصاح ٢/ ١٤٨، وفيه: وقال مالك والشافعي وأحمد.

(٢) في أ: يجوز الطلاق في حال استقامة الزوجين وهو غير سائغ.

(٣) في أ: وعند أبو وهو لحن.

(٤) الإفصاح ٢/ ١٤٧.

وتقريره أن الملك قيد[١] في المحل، وحجر على المملوك (والطلاق يشعر[٢] بإسقاط ملك[٣] اليمين)، والطلاق يسقط[٤] بإسقاط[٥] الحجر[٦]، والطلاق إسقاط ملك النكاح[٧]، واستعمال[٨] المسقط في محل قابل للسقوط من أقرب وجوه المجاز.

لهم:

شرط تصحيح[٩] المجاز هو الاتصال بين اللفظين والمقاربة في المعنى الخاص وقد انتهى من الطلاق والعتاق لغة وشرعًا، فإن حكم اللفظين شرعًا مدلولهما[١٠] لغة والرق ضعف والعتق قوة، عتق الطائر إذا كبر ونبت[١١] جناحه، وثوب رقيق: أي ضعيف النسج، ومعنى الطلاق غير ذلك.

مالك[١٢]:

أحمد[١٣]:

التكملة:

نسلم أن النكاح رق، وأن الطلاق حل، أما خيالهم في ملك اليمين أنه

---

(١) في ب وجـ: قيل.
(٢) في ب وجـ: «يسقط» بدل: «يشعر».
(٣) ما بين القوسين ساقط من ب.
(٤) يسقط: ساقطة من أ.
(٥) في أ: إسقاط.
(٦) بعد: «الحجر» في ب وجـ: «والعتاق إسقاط ملك اليمين»، وهي ساقطة من أ.
(٧) في أ: والطلاق ملك النكاح.
(٨) في ب: واستعمل.
(٩) في ب: بصحيح.
(١٠) في ب: مدلولها.
(١١) في ب: وبنت حباحة.
(١٢) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٣٠، وهو موافق للشافعية.
(١٣) الإفصاح ٢/ ١٤٨.

يعتمد ضعفًا[١] في المحل والعتق يحدث قوة فهو باطل، فإن علة الاستقلال[٢] في الموضعين هي الإنسانية والملك فيها على خلاف الأصل، وعند الزوال يظهر الاستقلال بالعلة الأصلية، ودعواهم أن الشرع أبطل في الرقيق ثمرة الإنسانية وألحقه بالبهائم مصادم للإجماع، فإنه[٣] أهل العبادات، وله مالكية النكاح واليمين حتى يصح[٤] منهم إنشاء التمليكات كلها، نعم لا يستقل الملك عليه فتلقاه السيد لمانع الرق، وعندنا يتملك المولى، نعم. يفترقان في أمرين: أحدهما أن ملك اليمين يثبت إلزامًا من الشرع وملك النكاح بالتزام من المرأة وهذا لا يغير[٥] حقيقة الشيء، والآخر أن العبد[٦] في ملك اليمين أعم ليحصل مقصود الملك بخلاف النكاح، فإن حق الزوج (فضل[٧] بهذا القدر من العبد)، وإذا تبين أن الملكين على خلاف الأصل فيستثنى في كل واحد من الأصل بقدر الحاجة.

---

(١) في ب: صنعًا.
(٢) في ب: الاستقلال.
(٣) في ب وجـ: وأنه أهل العبادات.
(٤) في ب وجـ: تصح منه.
(٥) في أ: يغبر.
(٦) في ب وجـ: القيد.
(٧) في ب وجـ: حصل بهذا القدر من القيد.

هوامش هذه المسألة:

صريح الطلاق[١]: الطلاق، الفراق، السراح[٢] خلافًا لهم في الفراق =

---

(١) معنى الطلاق: الإطلاق من العقدة المعقودة، يقال: أطلقت الرجل من حبسه، وانطلق الرجل، وعدا طلقًا أو طلقين، كل ذلك من أصل واحد، ويقال: هذا الشيء حلال طلق: أي ليس بمشدد ولا مضيق. والسراح من قولك: سرحت الماشية إذا خليت عنها من حظائرها فهي مسرحة، كما في حلية الفقهاء ص ١٧٢.

(٢) روضة الطالبين ٨/ ٢٥، والفروع ٥/ ٣٧٩، وهداية أبي الخطاب ٢/ ٦، ومختصر المزني ص١٩٢، والتنبيه ص ١٧٤، وحلية العلماء ٧/ ٣١.

. . . .

* * *

= والسراح[١].

زيد: إذا خير الرجل زوجته فإن اختارته فهي طلقة، وإن اختارت نفسها فثلاث[٢].

* * *

(١) المختار مع الاختيار ٣/ ١٢٥، والهداية للمرغيناني ١/ ٢٣٠.

(٢) البيهقي في سننه في الخلع والطلاق باب ما جاء في التخيير ٧/ ٣٤٥، وابن أبي شيبة في الكتاب المصنف ٥/ ٦٠ـ٦١، وتكملة المطيعي للمجموع ١٥/ ٤٤٢، ونسبه لزيد بن ثابت.

المسألة السابعة والخمسون بعد المائتين: رنز[١] .

إذا قال: أنت طالق ونوى عدداً.

المذهب: وقع[٢] .

عندهم: تقع واحدة[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٤] .

لهم: . . .[٥] .

الدليل من المعقول:

لنا:

نوى بلفظه ما يجوز أن يراد به فصحت نيته كنية الثلاث في قوله: أنت

(١) في ب: مب ٤٢ ، وكذا في خاص أ.

(٢) روضة الطالبين ٨/ ٧٥، وحلية العلماء ٧/ ٥٣ .

(٣) في ب وجـ: خلاف، وانظر المسألة في: النتف في الفتاوى للسعدي ١/ ٣٢٧، والهداية ١/ ٢٣١ .

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «إنما الأعمال بالنيات»[١] يقع عليه ما نوى دون غيره، والله سبحانه أعلم.

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغير في أ، ونصه: «أما الطلاق الثلاث بكلمة واحدة أو في طهر واحد يقع ولم يختلفوا في ذلك كلهم، ثم اختلفوا بعد وقوعه ونفوذه[٢]، هل هو طلاق سنة أو طلاق بدعة؟ فقال أبو حنيفة، ومالك: هو بدعة، وقال الشافعي: هو طلاق سنة، وعن أحمد روايتان كالمذهبين»[٣] .

(١) البخاري في صحيحه: باب كيف كان بدء الوحي ١/ ٢، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٢) في أ: ونفوده، وهوتصحيف.

(٣) الإفصاح ٢/ ١٤٨ .

بائن، ونقـول[١] : الطلاق فعل يفتقر إلى فاعل ومفعول به، والكل مجمل يحسن الاستفسار[٢] عنه إن لم يذكر، فإذا ثبت الإجمال، وهو محتمل للعدد صح بالنية.

لهم:

قوله: أنت طالق وصف المرأة بصفة، والذات الموصوفة متحدة[٣] فتتحد[٤] الصفة القائمة بها، فكانت نيته لغواً وقد[٥] نوى ما لا يحتمله لفظه فبطل كما لو قال: اسقني ونوى الطلاق.

مالك: . . .[٦].

أحمد: خالف[٧] إلا أن يقول: أنت طالق للسنة[٨] أو طلقي نفسك، فإنه إذا نوى الثلاث وقعت.

التكملة:

حقيقة المسألة يتضح بالبحث عن وجه تأثير النية في اللفظ، ولا أثر لها إلا في تعيين أحد الاحتمالات[٩] سواء كانت متقابلة كاللفظ المشترك أو كان

---

(١) في ب: ويقول.
(٢) في ب: الاستنشا.
(٣) في ب: متخذة.
(٤) في ب: فتتخذ.
(٥) في ب وجـ: فقد.
(٦) في ب وجـ: وفاق، وانظر المسألة في: الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٢٧.
(٧) هداية أبي الخطاب ٢/ ٨، وفي ب وجـ خلاف، وقد أثبت ما في: «أ».
(٨) مغني ابن قدامة ٧/ ١٠٧، وشرح منتهى الإرادات ٣/ ١٢٥.
(٩) في أ: الإجمالات.

(أحدها)[١] أظهر مع التأويلات، أما اللفظ النص[٢] لا تعمل فيه النية، نعم ربما يقترن باللفظ احتمالات لمعان لازمة كالزمان والمكان (فالنية[٣] إلى الصلاة) والصوم وسائر الأفعال، فلو نوى بعض الأزمنة بلفظ الفعل ما وقع فمعتقد[٤] الخصم أن الطلقات التي ينوي عددها لازم اللفظ، ونحن نعتقدها مدلول اللفظ، ويلزمهم إذا قال: أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث، فإنه يقع ولو لم يكن مدلول اللفظ ما وقع بالإشارة، ويلزمهم[٥] ما لو قال لوكيله: طلق زوجتي ونوى[٦] الثلاث فقال الوكيل: طلقت، فإنه يقع الثلاث وهذا لا جواب[٧] عنه، ويلزمهم[٥] إذا قال: أنت طالق[٨] ثلاثًا، فإنه يقع، وقوله: «ثلاثًا» تفسير[٩] لشيء[١٠] لأجله كان منصوبًا[١١].

(١) من أ: سقط أحدها.
(٢) في أ: بالنص.
(٣) في ب: بالنسبة إلى الطلاه، وفي جـ: بالنسبة.
(٤) في ب وجـ: بمعتقد.
(٥) في جـ: ونلزمهم.
(٦) في ب: وفي.
(٧) في ب: وهذا الجواب عنه، وفي جـ: وهذا جواب عنه.
(٨) طالق: مكررة في جـ.
(٩) في أ: نغير.
(١٠) في ب وجـ: لبنى.
(١١) في ب: منصونًا.

هوامش هذه المسألة:

قال عطاء: إذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثًا لا يقع إلا واحدة؛ لأنها بانت بقوله: أنت طالق[١].

=

(١) البيهقي في سننه في الخلع والطلاق: باب ما جاء في طلاق التي لم يدخل بها ٧/ ٣٥٥، وابن أبي شيبة في مصنفه ٥/ ٢٦، ونسبه لطاوس وعطاء، وحلية العلماء ٧/ ٥٧.

. . . .

* * *

= قال الأوزاعي: إذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق[١]، يقع الثلاث[٢].

* * *

(١) في ب: مكررة ثلاث مرات لا أربع.

(٢) تكملة المجموع للمطيعي ١٥/ ٤٤٧، ونسبه لمالك والليث بن سعد والأوزاعي، وحلية العلماء ٧/ ٥٨، وعزاه لهم ولربيعة وابن أبي ليلى.

المسألة الثامنة والخمسون بعد المائتين: رنح[١]

إذا قال: أنا منك طالق ونوى الطلاق.

المذهب: وقع[٢].

عندهم: ف[٣].

الدليل من المنقول:

لنا:

قال الله تعالى: ﴿**فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم**﴾[٤]، وقال: ﴿**حَتَّىٰ**[٥] **تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**﴾[٦]، وقال: ﴿**فَلَا**[٧] **تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ**﴾[٨]، وجه الدليل: تسميتهما متناكحين فالحكم يعمهما فحكم الطلاق أيضًا يعمهما.

لهم: . . .[٩].

---

(١) في ب: مج ٤٣، وكذا في خاص أ.

(٢) التنبيه للشيرازي ص ١٧٥، وحلية العلماء ٧/ ٢٩.

(٣) المختار مع الاختيار ٣/ ١٢٩، والهداية مع البناية ٤/ ٤٣١، ورءوس المسائل ص٤١٢، والمبسوط ٦/ ٧٨.

(٤) سورة النساء، آية: ٣.

(٥) حتى ساقطة من ب وجـ.

(٦) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.

(٧) في ب وجـ وأ: ولا تعضلوهن.

(٨) سورة البقرة، آية: ٢٣٢.

(٩) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «الطلاق في الحيض لمدخول بها والطهر المجامع فيه محرم إلا أنه يقع»[١].

---

(١) الإفصاح ٢/ ١٤٧.

الدليل من المعقول:

لنا:

الطلاق واقع بكل لفظ محتمل[١] وهذا محتمل ولا يتقاصر عن قوله: اعتدى أوالحقي[٢] بأهلك، فإنه عبر[٣] بالسبب عن المسبب وهاهنا قد صرح (فإن عليه)[٤] بالنكاح[٥] نوع تكلف وحجراً[٦] لحقها فحسن أن يقول: أنا منك طالق.

لهم:

تصرف أخطأ محله فلغا، ذلك لأن الرجل ليس محلاً للنكاح فإن النكاح[٧] رق[٨]، وله الحبس والمنع.

مالك: ق[٩].

أحمد: ف[١٠].

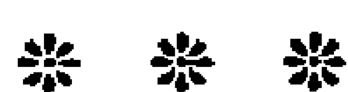
التكملة:

المراد بالطلاق الخلاص العرفي[١١] فهو كقوله: أنا منك باين، وهذا لازم

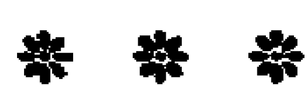
---

(١) في ب: فيحتمل.
(٢) في أ: والحقي.
(٣) في ب: غير.
(٤) في ب: فإنه عليه.
(٥) في ب وجـ: النكاح.
(٦) في ب وجـ: وحجر.
(٧) فإن النكاح: ساقطة من ب وجـ.
(٨) في ب: اق.
(٩) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٣٠.
(١٠) هداية أبي الخطاب ٢/ ٩.
(١١) في أ: العربي.

لهم، وجميع ما سلموه من قوله: اعتدى والحقي بأهلك ليس من ضرورة الطلاق، فإن ألزمونا إذا قال لزوجته[١] : أنا منك حر ففيه لنا منع، فنقول: يقع الطلاق مع النية، فإن ألزمونا إذا قال: أحللت أختك، فالجواب: أن هذه المسألة غير منصوصة[٢] فنقول[٣]: يقع الطلاق حملاً على قوله: اعتدي، وكل ما يذكرونه من هذه المسائل نشبهه[٤] بالمسائل التي اجتمعنا عليها، فإن[٥] فرقوا بينها فرقنا، وبالجملة نطالبهم بالفرق بينها وبين قوله: اعتدي، ونفرق[٦] بما يفرقون به، وكونها في حبسه[٧] لا يدل على ملك كما أنه في حبس[٨] الزوجات الأربع عن خامسة وفي حبس[٨] زوجته عن أختها.



(١) لزوجته: ساقطة من ب وجـ.
(٢) في أ: منظومة.
(٣) في ب: فيقول.
(٤) في أ: يشبهه.
(٥) في ب: وإن.
(٦) في ب: ويفرق.
(٧) في ب وجـ: جنسه.
(٨) في ب وجـ: جنس.



المسألة التاسعة والخمسون بعد المائتين: رنط[1].

إضافة الطلاق إلى جزء معين.

المذهب: وقع وسرى[2].

عندهم: لا إلا أن يضيفه إلى الوجه والرأس والرقبة والفرج[3].

الدليل من المنقول:

لنا: ...[4].

لهم:

قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ﴾[5] وجه الدليل: أن المضمر هو جماعة النساء لا لأجزائهن[6]، فإنها تابعة فأصالة[7] الطلاق فيها[8] لا يجوز.

---

(١) في ب مد ٤٤، وكذا في خاص أ.

(٢) التنبيه ص ١٧٥، والوجيز ٢/ ٥٧، وحلية العلماء ٧/ ٢٧.

(٣) المختار مع الاختيار ٣/ ١٢٦، والهداية مع البناية ٤/ ٥٠٤-٤٠٧، ورءوس المسائل ص ٤١٦، والمبسوط ٦/ ٨٩.

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغير في أ، ونصه: «إذا أشار بالطلاق إلى ما لا ينفصل منها في حال السلامة كاليد والرجل والإصبع، فقال أبو حنيفة: لا يقع إلا أن يضيفه إلى أحد خمسة أعضاء كالوجه والرأس والرقبة والظهر والفرج وكالجزء الشائع كالربع والنصف، وأما ما ينفصل في حال السلامة كالسن والظفر والشعر، فلا يقع عنده»[1].

(٥) سورة الطلاق، آية: ١.

(٦) في ب: لأجرتهن.

(٧) في ب: فاماله.

(٨) «فيها»: مكررة في أ.

---

(١) الإفصاح ٢/ ١٥٧.

الدليل من المعقول:

لنا:

محل النكاح، فكان محل الطلاق كالوجه والرأس، لأن المرأة محل فأجزاؤها محل، والبعض[(١)] في محل الطلاق كالبعض في الطلاق، وبعض الطلاق كل، كذلك بعض المحل كل في محلية الواقع وصار كالجزء الشائع[(٢)].

لهم:

اليد ليست محلاً للطلاق فلغت، بيانه: أنها ليست محلاً للنكاح وإنما محل النكاح المرأة.

مالك[(٣)]:

أحمد: يقع إذا أضاف إلى عضو لا تبقى الحياة مع انفصاله[(٤)].

التكملة:

كل جملة لا تتجزأ[(٥)] في حكم الطلاق فذكر بعضه كذكر كله بدليل الزمان والمكان والجزء الشائع، وصورته أن تقول[(٦)]: أنت طالق في هذا

---

(١) في ب: فالمحل.

(٢) الشائع: ساقطة من أ.

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٣٢، ونصه: «إذا قال: يدك أو رجلك أو شعرك طلاق طلقت»، والشرح الصغير للدردير مع بلغة السالك ١/ ٤٦١، ومختصر خليل ص ١٤١ـ١٤٢.

(٤) المقنع مع المبدع ٧/ ٣٠٠ـ٣٠١، وشرح منتهى الإرادات ٣/ ١٣٨ـ١٤٠، وهداية أبي الخطاب ٢/ ١١، ومغني ابن قدامة ٧/ ٢٤٢.

(٥) في جـ: تتجزى، وفي ب: تتحزى.

(٦) في أ: يقول.

الشهر في هذه الدار، أو نصفك طالق أو نصف طلقة، ونقول: أي فرق بين أن يقول: نصفك طالق أو نصفك الأعلى طالق أو الأسفل أو الأيسر أو الأيمن؟! فإن سلموا في الأعلى والأسفل ترقينا في العشر وعشر العشر ويكون الأمر فيه راجعًا إلى حد الإصبع مثلاً، فإن منعوا إذا قل الجزء[1] نطالبهم بالمرد، فإن قالوا: يكون من مقاصد النكاح والتناسل يلزمهم[2] إذا قال: جميع بدنك سوى فرجك، وأرشق صيغة في البيان أن من قال لزوجته: إن مسستك فأنت طالق فمس يدها طلقت إجماعًا فنقول: إن لم تكن اليد الممسوسة منها، فلا يقع الطلاق المعلق عليها، وإن كان منها فليقع[3] الطلاق المنجز المضاف إليها، فإن ألزمونا بقاء اسم المرأة بعد زوال اليد فذلك لأن الاسم الموضوع بإزاء[4] الجملة فصار كالعسكر إذا انفصل منه عشرة مثلاً، فإن اسم العسكر باق عليه وإن كان النفر (المنفصل جزءًا)[5] منه.

* * *

(١) في أ: الجزؤ.

(٢) في جـ: نلزمهم.

(٣) في ب وجـ: يمتنع.

(٤) في : بانا.

(٥) في أ: المنفصلين وسقط: «جزء»، وفي ب: جزء، والصواب جزءًا كما أثبته؛ لأنه خبر كان.

هامش هذه المسألة:

الإمامية: إذا أضاف الطلاق إلى جزء منها لم يقع[1].

* * *

(١) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٣/ ١٤، والمختصر النافع ص ٢٢١.

المسألة الستون بعد المائتين: رس[١] .

طلاق المكره وعتاقه ويمينه

المذهب: لا يقع شيء من ذلك[٢] .

عندهم: يقع الجميع[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٤] .

لهم:

قوله تعالى: ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ**﴾[٥] وقوله تعالى: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ**﴾[٦] .

---

(١) في ب مه ٤٥، وكذا في خاص أ.

(٢) التنبيه ص ١٧٣، والوجيز ٢/ ٥٧، وحلية العلماء ٧/ ١٢، وتخريج الفروع على الأصول ص ٢٨٦.

(٣) المختار مع الاختيار ٣/ ١٢٤، والهداية ١/ ٢٢٩.

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «وأما طلاق المكره وعتاقه وجميع أيمانه فقال أبو حنيفة: يقع عليه، وقال مالك والشافعي وأحمد: لا يقع إذا نطق به دافعًا عن نفسه، واختلفوا في التوعد الذي يكون معه إكراه، فقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: التوعد في الجملة إكراه سواء كان من الحاكم أو من غيره، وعن أحمد ثلاث روايات: أحدها: كمذهبهم، والأخرى: لا يكون إكراهًا إلا مع القتل أو القطع أو قطع الطريق»[١] .

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.

(٦) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.

---

(١) الإفصاح ٢/ ١٥٤.

الدليل من المعقول:

لنا:

حق معصوم فلا يقطع بسبب من المستحق كرهًا كحق[١] الشفعة، لأن عصمة الملك وحرمته تقتضي[٢] إبقاء ملكه له ما دام يؤثر بقاؤه والمعنى جلي في المناسبة؛ لأنه يتم به حسم[٣] مادة الظلم والملك المعصوم لا ينقطع إلا بسبب صادر منه مضاف إليه من وجه (وإلى المكره من وجه)[٤].

لهم:

طلاق صدر من أهله تحت ولايته فنفذ كطلاق الهازل لأن[٥] التصرفات الشرعية أسباب الأحكام على وزان التصرفات الحسية بالنسبة إلى آثارها، وفي اعتبار قول الآدمي بيان شرفه وتميزه عن غيره من الحيوان سيما وهذه التصرفات المتنازع[٦] فيها لم يشرع طريق فسخها وردها بخلاف البيع والإجارة.

مالك: ق[٧].

أحمد: وافق وقال: الوعيد ليس بإكراه[٨].

---

(١) في ب: لحق.

(٢) في ب: يقتضي.

(٣) في ب: جسم.

(٤) في أ: إلى وجه المكره من وجه.

(٥) في أ: إلا في.

(٦) في أ: المنازع فيها لم تشرع.

(٧) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٣١، والشرح الصغير للدردير مع بلغة السالك ١/ ٤٠٥.

(٨) مغني ابن قدامة ٧/ ١١٨.

التكملة:

نسائلهم ما يعنون باسم[١] الطلاق، أيعنون به الصيغة اللغوية، أم الصيغة المعتبرة شرعًا؟ أما اللفظ اللغوي فمسلم وجوده لكن لم[٢] قالوا: ينقطع النكاح به والصيغة الشرعية لم توجد[٣] والانعقاد والاعتبار وصفان شرعيان للفظ المحسوس ثم المعتبر المنعقد ينتهض[٤] سببًا ينصب الشرع؟ وبيان هذه الألفاظ أن الشارع جعل البيع سببًا مثلاً، والبيع اسم مجموع من[٥] حروف انتظمت كلمة ثم مجموع كلمات انتظمت كلامًا فلا[٦] اجتماع لها في الجنس[٧] فاعتبار الشرع معناه إمساك الجزء[٨] الأول في تقريره، وكذلك في[٩] سائر الأجزاء فتصرف الشرع في كلمتي الإيجاب والقبول يربط إحداهما[١٠] بالأخرى[١١]، ومثل ذلك في الطلاق يحتاج إلى الاعتبار

(١) في ب وجـ: بلفظ.

(٢) في أ: لما.

(٣) في ب: يوجد.

(٤) في ب: تهص سبا بنصب.

(٥) في ب وجـ: مجموع حروف.

(٦) في ب وجـ: ولا.

(٧) في ب وجـ: الحسن باعتبار.

(٨) في ب: الحر.

(٩) في: ساقطة من ب وجـ.

(١٠) في ب: أحدهما.

(١١) في ب: للأخرى.

هوامش هذه المسألة:

وكذلك نكاحه[١].

=

(١) الوجيز ٢/ ٥٧، وتخريج الفروع على الأصول ص ٢٨٦.

الشرعي فما الدليل على الاعتبار؟ والشرع يراعي المصالح ولا مصلحة في هذا.

* * *

= وطلاق السكران وظهاره صحيحان[1] خلافًا للمزني.
قال داود والمزني وربيعة وأبو ثور: لا يقع طلاق السكران[2].

* * *

(١) الوجيز ٢/ ٥٧، والوجيز ٢/ ٧٨، ومختصر المزني ص ٢٠٢، وحلية العلماء ٧/ ١٠، والأم ٥/ ٢٧٦.

(٢) الوجيز ٢/ ٥٧، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٣١، وعزاه للمزني وداود وبعض أصحاب أبي حنيفة، ومغني ابن قدامة ٧/ ١١٥، وعزاه لربيعة وأبي ثور والمزني وغيرهم، وحلية العلماء ٧٩/ ١٠.

اللوحة ٦٤ من المخطوطة أ :

(قال[١] : متى وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثًا، اختلف الأصحاب في ذلك؛ ذهب ابن الحداد والقفال والقاضي أبو الطيب إلى أنه[٢] وقع عليها الطلاق.

وذهبت طائفة إلى أنه يقع الطلاق المباشر دون المعلق بصفة[٣]، قال ابن القاص: وإن طلق امرأته بصفة وقع الطلاق لمجيء[٤] الصفة إلا واحد وهو[٥] إذا قال لامرأته: أنت طالق اليوم ثلاثًا إن طلقتك غدًا واحدة (وطلقها غدًا واحدة)[٦]، وقعت دون الثلاث وحكي هذا عن ابن سريج[٧]، فإنه قال: إذا قال لغير المدخول بها: إذا طلقتك فأنت طالق أخرى قبل التي أوقعها[٨] عليك[٩] وطلقها وقعت التي أوقعها ولم تقع[١٠] الأخرى؛ لأنه لو وقعت لم تقع[١٠] هذه التي أوقعها، وذهبت طائفة إلى أنه يقع الطلاق المباشر وتمام الثلاث من المعلق بصفة[٣] وبه قال الخصم، فأما من قال: لا يقع عليها طلاق[١١] أصلاً تعلق بأنه إن وقع عليها ما أوقعه وجب[١٢] أن يقع الطلاق

(١) «قال»: ساقطة من ب.
(٢) في أ: إلى أنه إذا وقع.
(٣) حلية العلماء ٧/ ١٠٥-١٠٦، والمهذب مع تكملة المجموع ١٥/ ٥٤٩، والتكملة ١٥/ ٥٥٠.
(٤) في ب: بمجيء.
(٥) وهو: سقطت من ب.
(٦) ما بين القوسين ساقط من ب.
(٧) في ب: شريح، وهو خطأ.
(٨) في ب: أوقعتها.
(٩) من أ: سقط: «وطلقها».
(١٠) في ب: يقع.
(١١) في ب: «طلا».
(١٢) في ب: وجب.

المعلق به لأن الشرط إذا حصل وجب حصول المشروط، وإذا وقع قبله ثلاثًا لم يقع ما أوقعه؛ لأنه لا يملك أكثر من ثلاث، وإذا لم يقع ما أوقعه (لم يقع)[١] الثلاث فإثبات هذا الطلاق يؤدى إلى نفيه فلم يجز إثباته وإيقاعه)[٢]، قالوا: وهذا مثل ما قاله الشافعي: إذا زوج الرجل عبده من حرة بصداق ضمنه لها ثم باعها العبد بالصداق قبل الدخول لم يصح البيع؛ لأنه لو صح ملكت زوجها وإذا ملكته انفسخ النكاح وإذا انفسخ سقط مهرها، لأن الفسخ كان من جهتها قبل الدخول فإذا[٣] سقط المهر بطل البيع؛ لأنه هو عرضه فأفسد البيع لأن ثبوته يؤدي إلى نفيه كذلك هاهنا، ومن قال: يقع[٤] المنجز خاصة، قال: المنجز[٥] طلاق أوقعه على زوجته وهو ممن يملك الطلاق فوقع، فأما[٦] المعلق به فإيقاعه يؤدي إلى نفيه ونفي المباشر، فيجب ألا يقع ويحسن أن يعلق هذا الطلاق على مشيئة الله تعالى ويقول: متى وقع على امرأتي طلاقي دون أن أستخير الله تعالى[٧]، فهي طالق قبله ثلاثًا، وإذا قال: أنت طالق إن شاء الله وقع في الحال بخلاف إن، وإذا قال طالق مريضة لم يقع إلا إذا مرضت، لأن الحال بمنزلة الظرف للفعل فلا يقع قبلها[٨]، ولو قال: مريضة كان كما لو نصب ويكون لحنًا، واللحن

---

(١) لم يقع: ساقطة من ب.
(٢) المنهاج مع مغني المحتاج ٣/ ٣٢٣-٣٢٤.
(٣) في ب وجـ: وإذا.
(٤) في ب: تقع المنجر.
(٥) في ب: المنجز.
(٦) في ب: وأما.
(٧) «تعالى»: ساقطة من ب.
(٨) في ب: عليها.

لا يغير المعنى، قال البندنيجي[١] : إن كان نحويًا وقع الطلاق في الحال لأن مريضة صفة لها وهذا غير صحيح لأن مريضة نكرة وهي[٢] معرفة[٣]، ([٤]وإذا قال: أنت طالق ٥ (٥) الاج (٣) قال الطبري: تطلق ج (٣) وجهه: أن ٥ لا تكون طلاقًا، وإنما يكون الموقع منها جـ (٣) فإذا استثنى (جـ (٣) فإن كان استثنى الجميع، فلم يصح الاستثناء ووقع الموقع، قال أكثر الأصحاب: يقع ب (٢)، ولو قال: أنت طالق ٥ الأب وقع على قول الطبري[٥] ا)، ولو) طلقها في مرض مخوف وقيل: قبل أن يعافى[٦] لا يقع في أحد القولين.

* * *

(١) النبدبحي: في ب.

(٢) في ب: وهذه.

(٣) حلية العلماء ٧/ ١٠٤ـ١٠٥.

(٤) روضة الطالبين ٨/ ٩٤، والوجيز ٢/ ٦٢، وحلية العلماء ٧/ ٦٥.

(٥) ما بين القوسين ممسوح من أ.

(٦) في ب: تعافى، وفي أ: يعافا.

* * *

من مسائل الطلاق

المسألة الحادية والستون بعد المائتين: رسا[١] .

إذا طلقها واحدة أو ثنتين ونكحت غيره ثم عادت إليه بنكاح جديد .

المذهب: كان له عليها ما بقي من الطلقات[٢] .

عندهم: يملك عليها ثلاثًا كما لو نكحت غيره بعد الثلاث[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ...**﴾[٢] الآية، وجه الدليل قوله: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ**﴾[٣] ، وهذا مطلق وحتى للغاية فيقتضي ما يكون له غاية (والذي يكون له غاية التحريم، ولا تحريم في الطلقة الواحدة)[٤] .

لهم:

قال النبي عليه السلام: «**لعن الله المحلل والمحلل له**»[٧] ، وجه الدليل: أنه

(١) في ب مو = ٤٦ وكذا في خاص أ.

(٢) التنبيه ص ١٨٣، وتخريج الفروع على الأصول ص ٢٨٩ ـ ٢٩٠، والمهذب مع التكملة ١٦/ ٤٥ .

(٣) الكتاب مع اللباب ٢/ ٢٣٩ ٢٤٠، ورءوس المسائل ص ٤٢٠، والمبسوط ٦/ ٩٥ .

(٤) سورة البقرة، آية: ٢٢٩ .

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٣٠ .

(٦) ما بين القوسين في ب هكذا: «التحريم في الطلقة الواحدة» .

(٧) النسائي في سننه الكبرى ٦/ ١٤٩، بلفظ: «لعن رسول الله ﷺ الواشمة والموتشمة والواصلة والموصولة وآكل الربا وموكله والمحلل والمحلل له» .
والترمذي في جامعه في النكاح: باب ما جاء في المحل والمحلل له ٣/ ٤٢٨، وقال: حديث حسن صحيح .

سماه محللاً كالمبيض والمسود فمن وجد وجد أثره.

الدليل من المعقول:

لنا:

لم يجد الزوج الثاني محل العمل، فلا يعمل؛ لأنه لا حاجة إليه، إنما الحاجة عند الثلاث وهي مطلقة ثلاثًا، فلا تحل إلا بعد الإصابة[١] من زوج آخر كما لو لم يتحلل النكاح، ذلك لأن الطلقات الثلاث محذورة[٢] لما فيه من إيغار قلب[٣] المرأة وفوات النكاح الذي هو متعلق بالمقاصد.

لهم:

وجد الزوج الثاني محل عمله فعمل، بيانه أنه محلل[٤]، وإثبات الحل له أصل في الشرع كالطلقات الثلاث، فإن الزوج رفع التحريم، والمناسبة أن هذا نوع تشف[٥] وزجر عن الإتيان بهذا الفعل.

مالك: ق[٦].

أحمد: ق[٧].

التكملة:

قبل وطء الزوج الثاني لم يبق له إلا ملك الباقي، والأصل استصحاب

---

(١) في أ: إضافة زوج، وهو خطأ.
(٢) في ب: محذور.
(٣) في ب: قبل.
(٤) في ب وجـ: محل.
(٥) في كل النسخ: تشفى.
(٦) الإشراف على مسائل الخلاف ٢٣/ ١٣٧.
(٧) هداية أبي الخطاب ٢/ ٤٢، في إحدى الروايتين.

الحال في الحكم إلى طريان مغير، والمغير هو الوطء، ولا يصير[١] مغيراً إلا بجعل[٢] الشرع ولا يعرف ذلك إلا بنص أو قياس على منصوص ولا نص إلا بعد ثلاث ولم يفهم منه التغيير[٣] بل فهم منه كونه غاية التحريم كانتهاء تحريم الوطء للصيام[٤] بمضي اليوم، فإذا لم يكن تحريم لم يعقل انتهاء، والوطء لا يناسب التحليل وأي مناسبة بين أن يخالط زيد زوجته فتحل لعمرو، فإذا انتفت المناسبة انتفى التأثير فبقي غاية محضة، فإن قالوا: يناسب لكونه عقوبة قلنا: أولاً: لا يكون عقوبة على مباح فإن تفريق الطلاق على الأقراء هو السنة عندهم، فكيف يعاقب عليها؟ وهب أنه عقوبة، فإنما يكون عقوبة بعد الثلاث فأما قبلها فلا، وصار كما لو قطع يد شخص ثم سرق لا يكون القطع المتقدم عقوبة على السرقة المتأخرة[٥]، فإن العقوبات لا تتقدم[٦] على الجرائم.

---

(١) في ب وجـ: يضمر.

(٢) في ب: يجعل.

(٣) في ب: التعبير.

(٤) في ب وجـ: للصائم.

(٥) في ب: المتأخر.

(٦) في ب: يتقدم.

هوامش هذه المسألة:

كل حالف بطلاق أو بغيره فالنية نيته إلا أن يكون الحاكم هو الذي يحلفه فإن النية نية الحاكم لأن اليمين تتعلق بظاهر اللفظ عند الحاكم.

مسألة: وردت من عمان، صورتها: رجل حلف بالطلاق الثلاث أنه يحج السنة فأفتاه بعض من ذهب إلى أنه لا يقع الطلاق في المسألة التي ذكرها بأن يقول لامرأته: إن حنثت في يميني فأنت طالق قبل ذلك ثلاثًا فإذا قال ذلك ومضت السنة ولم يحج لم تطلق، وامتنع من ذلك قوم وفرقوا بينها وبين السريجية بأن هاهنا انعقدت يمينه على الحج، فلا يملك حلها وتلك المسألة علق بها ما حلها قبل أن =

. . . .

* * *

= يعقدها وقضى القاضي أبو الطيب بحل اليمين جريًا على القياس[1] .

الإمامية : من طلق امرأته تسع تطليقات يتخللها تحليلان حرمت عليه أبدًا[2] .

* * *

(١) تكملة المطيعي على المهذب مع المجموع ١٥/ ٥٥١ .

(٢) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٢/ ٢٩٣ ، والمختصر النافع ص ٢٠٣ .

المسألة الثانية والستون بعد المائتين: رسب[1] .

بماذا تعتبر عدة الطلاق؟ .

المذهب: بالرجال[2] والحر يطلق ثلاثًا وإن كان تحته أمة[3] .

عندهم: بالنساء[4] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قال النبي عليه السلام: «**الطلاق بالرجال والعدة بالنساء**»[5]، ثم قد وفينا في جانب المرأة بالعدة، فيجب أن نفي في جانب الرجل بالطلاق.

وقال عليه السلام: «**يطلق العبد طلقتين وتعتد المرأة بقرءين**»[6] .

لهم:

قوله عليه السلام: «**طلاق الأمة ثنتان، وعدتها حيضتان**»[7] .

---

(١) في ب مز = ٤٧ وكذا في خاص أ.

(٢) في ب وجـ: فالحر.

(٣) الوجيز ٢/ ٥٨ .

(٤) المختار مع الاختيار ٣/ ١٢٣، ورءوس المسائل ص ٤١٧ .

(٥) الدارقطني والبيهقي من حديث ابن مسعود مرفوعًا كما في التلخيص الحبير ٣/ ٢١٢، والبيهقي من سننه ٧/ ٣٧٠ .

(٦) الدارقطني في سننه ٤/ ٣٩-٤٠ .

(٧) الدارقطني في سننه ٤/ ٣٨، عن ابن عمر، وقال المعلق عليه: رواه ابن ماجه والبزار في مسنده، والطبراني في معجمه وقال: بين المؤلف ما فيه من علة قادحة وقال أيضًا: فيه عطية العوفي، وهو ضعيف. والبيهقي في سننه في الرجعة ٧/ ٣٦٩، وقال: تفرد به عمر بن شبيب المسلي مرفوعًا، وكان ضعيفًا.

الدليل من المعقول:

لنا:

ملك يختلف بالرق والحرية فاعتبر فيه جانب[١] المالك قياسًا على ملك النكاح، فإن الحر بالإجماع ينكح أربعًا والعبد اثنتين[٢]، ذلك لأن الحرية تشعر بالإطلاق والتوسعة في الإملاك والرق ينبئ عن الضيق[٣]، والطلاق شرع لحاجة الزوج أصلاً وعدداً ولذلك فوض إليه فيناسب أن يعتبر فيه جانبه كالقسم لما شرع لحاجتها اعتبر جانبها.

لهم:

الطلاق لإزالة الحل والحل نعمة وكرامة إذ النكاح يعتمده وهو عقد مصلحة من الجانبين وحظ الرقيق في النعم والكرامات دون حظ الأحرار فكان حال الأمة دون[٤] الحرة ولهذا امتنع نكاح الأمة إلا في حال عدم الحرة أو طولها وتفاوتًا في القسم والعدة قضاء لحق الحل المقتضى لا لصيانة[٥] الماء بدليل عدة الوفاء.

مالك: ق[٦].

أحمد: ق[٧].

(١) في ب: لجانب.
(٢) في ب: اثنين.
(٣) في أ: العتق.
(٤) في ب: دون حال الحرة.
(٥) في أ: لانصبابه.
(٦) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٣٥ ـ ١٣٦.
(٧) كتاب الفروع ٥/ ٣٩٥.

التكملة:

يقولون في الزوج إذا كان عبدًا: إنا[١] ما أهملناه بل وفينا[٢] بحق التنصيف في النكاح، فوجب أن يكون في هذا النصف مثل الحر، الجواب: عن العدة أن التعبد[٣] فيها غالب حتى وجبت مع تيقن البراءة فالتحقت بالتكاليف واعتبر فيها جانب المكلف بها. ومنقولهم رواه مظاهر[٤] بن[٥] أسلم وهو متروك، ثم ننزله على الأمة إذا كانت عند عبد وهو الأكثر وقوعًا، ومثل هذا متعين للجمع بين الأحاديث المتعارضة.

* * *

(١) في أ: أيامًا.

(٢) في ب وجـ: وقت الحق.

(٣) في ب: التعبد، وفي جـ: البعيد.

(٤) هو مظاهر بن أسلم المخزومي المدني، روى عن القاسم بن محمد وسعيد المقبري، وروى عنه ابن جريج وسليمان بن موسى والثوري وسعيد بن سنان وأبو عاصم النيل، قال إسحاق بن منصور عن ابن معين: ليس بشيء مع أنه رجل لا يعرف، وقال أبو حاتم: منكر الحديث ضعيف الحديث، وقال أبو داود: رجل مجهول وحديثه في طلاق الأمة منكر، وقال الترمذي: لا يعرف له في العلم غير هذا الحديث وهو غريب لا نعرفه إلا من حديثه. تهذيب التهذيب ١٠/ ١٨٣.

(٥) في ب وجـ: من أسلم.

هامش هذه المسألة:

قال داود: يحل للعبد أربع نسوة[١].

* * *

(١) مغني ابن قدامة ٦/ ٥٤٠، ونسبه لداود، وحلية العلماء ٦/ ٣٩٦، وعزاه لأبي ثور وداود.

المسألة الثالثة والستون بعد المائتين: رسج[١] .

المبتوتة في مرض الموت .

المذهب: لا ترث[٢] في أصح القولين[٣] .

عندهم: ترث في العدة وهو القول الآخر[٤] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٥] .

لهم:

روي أن عثمان رضي الله عنه ورث زوجة عبد الرحمن بن عوف منه، وكان طلقها في مرض الموت[٦]، وقال: من فر من كتاب الله رد إليه[٧]،

---

(١) في ب: مح = ٤٨ وكذا في خاص أ.

(٢) في ب: يرث، وهو خطأ.

(٣) التنبيه ص ١٨٢، وروضة الطالبين ٨/ ٧٢.

(٤) الهداية مع البناية ٤/ ٥٦٩، والمختار مع الاختيار ٣/ ١٤٣، ورءوس المسائل ص٤١٨، والمبسوط ٦/ ١٥٤.

(٥) بياض في ب وجـ: وبخط مغاير في أ، ونصه: «المبتوتة في المرض المتصل بالموت ترث عند أبي حنيفة ومالك وأحمد، إلا أن أبا حنيفة يشترط ألا تكون طلبت هي الطلاق، وعن الشافعي قولان: أحدهما: لا ترث وهي الأظهر، والثاني: ترث قول الجماعة»[١] .

(٦) البيهقي في سننه في الخلع والطلاق ٧/ ٣٦٢، ومالك في موطئه كما في المنتقى ٤/ ٨٥.

(٧) المبسوط ٦/ ١٥٥، عن ابن سيرين.

---

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٥٤-١٥٥.

وانتشر هذا القضاء في الصحابة (فكان إجماعًا)[١] .

الدليل من المعقول:

لنا:

لم يوجد سبب الاستحقاق فلا يرث كما لو انقضت العدة، وكطلاق الصحة لأن السبب النكاح، والطلاق قاطع ولا مانع منه؛ لأنه مباح في المرض، فلو خلينا[٢] والقياس ما جعلنا النكاح مورثًا، فإن زمان الإرث بعد الموت ولا نكاح حينئذٍ لكن الشرع نصبه سببًا يكون[٣] عند نهايته وهاهنا قد انقطع.

لهم:

النكاح قائم في حق الإرث فصار كما قبل الطلاق، ذلك لأن حقها تعلق بما له لأن المرض سبب[٤] التعلق، فإذا طلقها فقد رام إبطال سبب حقها، فلا يصح ولو عتق عبده في مرضه لم يصح متهمًا في إبطال حقها.

مالك: ف[٥]

أحمد: ف[٦] .

التكملة:

دعواهم الإجماع لا مطمع فيه فإنه نقل[٧] عن زيد بن ثابت قال: لو كان

(١) في أ: سقط ما بين القوسين.

(٢) في ب: ولو حلينا، وفي جـ: ولو خلينا.

(٣) في ب وجـ: ويكون.

(٤) في ب وجـ: يثبت.

(٥) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٣٣، والمنتقى للباجي ٤/ ٨٥.

(٦) هداية أبي الخطاب ٢/ ٤٠.

(٧) في أ: نعل.

الأمر إلي ما ورثتها ولو سلم سكوت الضد[١] ما كان إجماعًا، فإن الحكم في موضع الاجتهاد وللإمام أن يجتهد، ثم قد روي أنه كان بعد انقضاء العدة ولا يمكن قياس حالة البطلان على حالة عدمه، فإن تم لها أن تغسله ولا تغسله هاهنا، ثم الإرث في محل الإجماع على خلاف القياس فكيف يقاس عليه؟ والمعتمد أن سبب إرثها النكاح، وقد أثبت بالطلاق الثلاث، ولذلك انقطع إرث الزوج منها ولم يبق إلا العدة وعلقتها[٢] لا تصلح للتوريث بدليل حالة الصحة وحالة سؤالها[٣] وبدليل جانب الزوج وما تعلقوا به من التهمة لا أثر له ويبطل بما لو طلقها قبل الدخول وبما بعد العدة وبما لو كان ابن عم مكاشح فتبنى[٤] لقيطًا أو نكح على زوجته ثلاثًا أو نفى ولده باللعان[٥]، فإن كل ذلك نافذ مع التهمة ومنع العتاق والهبة ليس لحق الوارث بل لقوله عليه السلام: «**لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة**»[٦] وعبد الرحمن بن عوف طلق زوجته لسؤالها[٧].

---

(١) في أ: الكل.

(٢) في ب: علقها.

(٣) في ب وجـ: سواها.

(٤) في أ: فتبنا، وفي ب: فبينا وفي جـ: فبينا.

(٥) في أ: باللسان.

(٦) البخاري في صحيحه في الوصايا ٣/ ١٨٦، ومسلم في صحيحه في الوصية: باب الوصية بالثلث ٣/ ١٢٥٣، وابن ماجه في سننه في الوصايا: باب الوصية بالثلث ٢/ ٩٠٣-٩٠٤.

(٧) المبسوط ٦/ ١٥٥.

هوامش هذه المسألة:

قال أبو علي الطبري[١]: ....

---

(١) هو أبو الحسين بن القاسم الطبري، مصنف الإفصاح، تفقه ببغداد على ابن أبي هريرة، ودرس بها بعده، وصنف في الأصول والجدل والخلاف، وهو أول من صنف في الخلاف المجرد، =

. . . .

* * *

= ترث وإن تزوجت[١] .

قال زفر : إن طلقها مريضًا ثم صح ثم مرض ومات وهي معتدة ورثت[٢] .

* * *

= وكتابه فيه يسمى المحرر ، وكتابه الإفصاح الذي يعرف به أيضًا وهو شرح على المختصر متوسط عزيز الوجود، سكن بغداد ومات بها سنة خمسين وثلثمائة ونسبته إلى طبرستان بفتح الباء . (طبقات الشافعية للأسنوي ٢/ ١٥٤ ، والعبر ٢/ ٢٨٦ ، وتاريخ بغداد ٨/ ٨٧ ، وطبقات السبكي ٣/ ٢٨٠ ، وتهذيب الأسماء واللغات ٢/ ٢٦١ ، والبداية والنهاية ١١/ ٢٣٨)، وطبقات الفقهاء ص ١١٥ ، واسمه عنده الحسن .

(١) تكملة المجموع ١٤/ ٥٠٥ ، ولم يعزه .

(٢) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٣٤ ، وعزاه لزفر ، والهداية مع البناية ٤/ ٥٨٣ .

المسألة الرابعة والستون بعد المائتين: رسد[١] .

بماذا تحصل الرجعة[٢] .

المذهب: بالقول فقط[٣] .

عندهم: بالوطء أو النظر إلى الفرج، ونزولها عليه وهو نائم، ولمسه إياها بشهوه[٤] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٥] .

لهم:

قال الله تبارك وتعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾[٦] ، وقال تعالى:

---

(١) في ب: مط = ٤٩، وكذا في خاص أ.

(٢) قال في لسان العرب ١/ ١١٢٩، مادة رجع: ارتجع المرأة وراجعها مراجعة ورجاعًا: رجعها إلى نفسه بعد الطلاق، والاسم الرَجعة والرجعة يقال: طلق فلان فلانة طلاقًا يملك فيه الرجعة والرجعة والفتح أفصح. وشرعًا: إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد، كما في كشاف القناع ٥/ ٢٧٧.

(٣) التنبيه ص ١٨٢، وحلية العلماء ٧/ ١٢٥، والأم ٥/ ٢٤٤، وتخريج الفروع على الأصول ص ٢٩٥.

(٤) تحفة الفقهاء ٢/ ١٧٧ ـ ١٧٨، وهذا النص ساقط من (ب)، والهداية ٢/ ٦.

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «الوطء في الطلاق الرجعي يصير مراجعًا به عند أبي[١] حنيفة وأحمد في أظهر الروايتين عنه، ولا يفتقر مع ذلك إلى قول ولا نية، وقال مالك: إن نوى الرجعة به له ذلك، وقال الشافعي: لا تصح الرجعة إلا بالقول»[٢] .

(٦) سورة البقرة، آية: ٢٢٩.

---

(١) في أ: أبو.

(٢) الإفصاح ٢/ ١٥٨.

﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾[(١)].

الدليل من المعقول:

لنا:

الرجعة سبب[(٢)] يقتضي ملك البضع، فلا يصح بغير القول كالنكاح، ولسنا[(٣)] نقيس سببًا بسبب، بل ندعي أن محل النزاع غير محل الوفاق، ذلك لأن الطلاق قاطع حكم النكاح والوطء ليس بمثابة القول، فإنه محتمل وشرف البضع (ينبي[(٤)] عن ترتيبه) على فعل محتمل ويدل على أصل الكلام أن الإشهاد على الرجعة مأمور به إيجابًا واستحبابًا فلا شهادة على الوطء.

لهم:

المأمور به الإمساك، والوطء إمساك، فإن قوله: أمسكت في حكم الوعد، تحقيقه[(٥)] بالفعل فاعتبار[(٦)] نفس الفعل أولى، وذلك لأن الطلاق لا يزيل الملك بل يفوت الحل فيفوت الملك ضرورة[(٧)]، ثم لو قلنا: إنه يزيل الملك فشرطه انقضاء العدة والرجعة تمنع تمام الانقضاء والسبب دون شرطه عدم في حق الحكم.

مالك: إن نوى بذلك الرجعة حصلت[(٨)].

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.

(٢) «سبب»: ساقط من ب.

(٣) في ب: فلسنا.

(٤) في ب: ينهى عن تربيه، وفي جـ: ينهى.

(٥) في ب: وتحقيقه.

(٦) في ب وجـ: واعتبار.

(٧) في ب: بضرورة.

(٨) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٣٩، والتفريع ٢/ ٧٦، وبداية المجتهد ٢/ ٦٥.

أحمد: وافق الخصم[١].

التكملة:

نفرض[٢] في اللمس ونقول: فعل من قادر على القول فلا تحصل[٣] به الرجعة كالخلوة، مع أن الخلوة على أصلهم نازلة منزلة الوطء في إيجاب العدة وتقرير المهر، ولا شك في أن لها دلالة على الرجعة كاللمس، أو نفرض[٤] في نزولها عليه أو نقول[٥]: فعل ممن لا تحصل[٦] له الرجعة بقوله فلا تؤثر[٧] كاللمس من جهتها وهو نائم، قال الشافعي رحمه الله: لا نتبع إلا اللفظ الموضوع للدلالة على الرضا الذي هو نص فيه لا يحتمل غيره، فإن الوطء مثلاً يدل على إرادة[٨] (الوطء[٩] لا إرادة) النكاح، أما إذا أسلم عن أختين فوطئ أحدهما أو أبهم الطلاق والعتاق ووطئ فلا نسلم فيهما[١٠].

واعلم أن من مذهبنا أن الرجعة ابتداء حل (لا استدامة حل)[١١] قال الشافعي: ولما لم يكن نكاح ولا طلاق إلا بالقول لم تكن[١٢] رجعة إلا

(١) مغني ابن قدامة ٧/ ٢٨٣، وهذا غير المنصوص عن أحمد بل أحد الوجهين اللذين ذكرهما ابن حامد. وهداية أبي الخطاب ٢/ ٤٢.
(٢) في ب: يفرض.
(٣) في ب: يحصل.
(٤) في ب: ويفرض.
(٥) في ب وجـ: ونقول.
(٦) في ب: يحل.
(٧) في ب وجـ: يؤثر.
(٨) في ب: إراقة، وهو سهو.
(٩) ما بين القوسين ساقط من ب وجـ.
(١٠) في أ: فيها.
(١١) ما بين القوسين ساقط من أ.
(١٢) في ب وجـ: يكن.

بالقول وهذا تنبيه على أن الفعل ليس في معنى القول في الأبضاع لأن مبناها على الاحتياط .

* * *

المسألة الخامسة والستون بعد المائتين: رسه[١] .

وطء الرجعية .

المذهب: حرام[٢] .

عندهم: ف[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . . .[٤] .

لهم: . . .[٥] .

الدليل من المعقول:

لنا:

ملك العقد عليه سبب الزوال، فلا يفيد حل الوطء كالملك (في

(١) في ب: ن = ٥٠ وكذا في خاص أ.
(٢) التنبيه ص ١٨٢، وحلية العلماء ٧/ ١٢٣، وتخريج الفروع على الأصول ص٢٩٤.
(٣) المختار مع الاختيار ٣/ ١٤٧، والهداية ٢/ ٩، والمبسوط ٦/ ١٩، ورءوس المسائل ص ٤٢١.
(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «هل يحرم وطء المطلقة الرجعية أم لا؟ فقال أبو حنيفة وأحمد في أظهر روايتيه: ليس بمحرم وقال مالك والشافعي وأحمد في الرواية الأخرى: هو محرم»[١] .
(٥) بياض في ب وجـ: وبخط مغاير في أ، ونصه: «هل من شرط الرجعة الشهادة أم لا؟ قال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد: ليس من شرطها الشهادة بل هي مستحبة، وقال الشافعي في أحد قوليه: الشهادة شرط فيها، وعن أحمد مثله»[٢] .

(١) الإفصاح ٢/ ١٥٨ .
(٢) الإفصاح ٢/ ١٥٨ .

المكاتبة)[١] ومنهاج إثبات السببية في المسألتين[٢] واحد، فإن ملك النكاح واليمين ينقطع بعد الطلاق والكتابة وملك الإنسان لا ينقطع إلا بسبب من جهته ولم يصدر منه[٣] سوى الطلاق، والأصل في الأبضاع الحرمة والحل عارض بخلاف الأموال، ولهذا[٤] يطلب في كل امرأة دليل الحل وفي كل مال دليل الحرمة.

لهم:

بقاء الملك دليل بقاء الحل، ودليل بقاءالملك وقوع الطلاق الثاني ولا يجوز أن يدعي زوال الملك وبقاء العقد، فإنهما متلازمان ولهذا لم يصح فيه شرط الخيار المنافي للملك ويدل عليه ظهار الرجعية، فإنه يصح مع أن[٥] حكمه التحريم، وكذلك قوله: «أنت عليّ حرام» ينعقد ويوجب الكفارة، وتحريم المحرمة محال.

مالك: ق[٦].

أحمد: روايتان[٧].

التكملة:

سلموا أنه تحرم الخلوة بها والمسافرة[٨] بها لا على قصد الارتجاع، ومهما حرمت الخلوة فالوطء[٩] أولى؛ لأنها لأجله تحرم، ونقول: الطلاق في

(١) في المكاتبة: سقط من ب.

(٢) في ب: المسيس.

(٣) في ب: ما.

(٤) في ب: وهذا.

(٥) في ب: أنه حكمة.

(٦) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٣٨ ـ ١٣٩.

(٧) هداية أبي الخطاب ٢/ ٤١ ـ ٤٢.

(٨) في ب: والمسافر.

(٩) في ب وجـ: بالوطى.

الأصل ضد النكاح، ولو كانت بعد الطلاق كما كانت قبله لما احتسب عليها بالعدة، لأن الإجماع منعقد على أن العدة جعلت قضاء لحق النكاح أو الوطء، فلا يقع في صلب[1] النكاح، وإنما تقع بعد اختلاله، ولذلك إذا قال: مهما استنقيت براءة رحمك فأنت طالق، فإذا طلقت لزمها الاستئناف، وإذا أبانها وشرعت في العدة ثم نكحها انقطعت العدة الواقعة بعد البينونة، حتى لو مضت بقية المدة في صلب النكاح وطلقها في النكاح بعد المسيس يلزمها العودة إلى العدة[2] بعد الطلاق وما[3] مضى في صلب النكاح تعتد[4] به والرجعية[5] عندهم جارية في صلب النكاح.

* * *

(١) في ب: طلب.
(٢) في ب: الغد.
(٣) في ب وجـ: ومهما.
(٤) في ب وجـ: لا يعتد به.
(٥) في ب وجـ: والرجعة.

* * *

اللوحة ٦٥ من المخطوطة أ :

إذا وطئ المولي هل تجب[1] عليه الكفارة؟ قولان[2] : الجديد تجب[1] ، وبه قال العراقي، وإذا (طلبت[3] المرأة الفيئة) أو الطلاق لزمه أحدهما، فإن لم يفئ فهل يطلق الحاكم عليه، قال في القديم: لا يطلق عليه، وإنما يضيق[4] عليه حتى يطلق، وفي الجديد: يطلق عليه[5] ، والطلاق الواجب على المولي رجعي[6] ، وبه قال مالك[7] وأحمد[8] خلافًا لهم[9] ، فإنهم قالوا: يقع بائنًا[10] بانقضاء العدة، إذا قال لزوجاته: والله لا أقربكن، قيل: يكون موليًا من الجميع، وقيل: إنما يكون موليًا من التي تبقى أخيراً إذا وطئ صواحبها[11] ، إذا قال: أنت عليّ كأمي إن[12] أراد به التوقير لم يكن ظهاراً، وكذا[13] إن قال: مثل أختي فإن أراد التحريم كان ظهاراً، وإن أطلق[14] لم يكن

(١) في ب : يجب.
(٢) المهذب مع التكملة ١٦/ ٨٦، وحلية العلماء ٧/ ١٤٨ .
(٣) في ب: وإذا طلب الفيئة.
(٤) في ب: تضيق.
(٥) المهذب مع تكملة المجموع ١٦/ ٩١-٩٢، وحلية العلماء ٧/ ١٥٠ .
(٦) المهذب مع تكملة المجموع ١٦/ ٩٢ .
(٧) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٤٣ .
(٨) هداية أبي الخطاب ٢/ ٤٧ .
(٩) تحفة الفقهاء ٢/ ٢٠٥ .
(١٠) في ب: ثانيًا.
(١١) روضة الطالبين ٨/ ٢٣٧-٢٣٨، وحلية العلماء ٧/ ١٥٤-١٥٥، وتكملة المجموع ١٦/ ٧٢.
(١٢) في أ: وإن أراد به.
(١٣) في ب: ولذا.
(١٤) في ب وجـ : طلق.

ظهاراً[١]، واعلم أن الكفارة تجب بالظهار، والعود أن يمسكها زمانًا يمكنه فيه الطلاق فلا يطلقها[٢]، قال مالك[٣]، وأحمد[٤]: العود: العزم على الوطء. قال أبو حنيفة: الكفارة شرط إباحة الوطء وليست واجبة عليه، فإن وطئ قبل أن يكفر فقد فعل محرمًا، ولم تجب[٥] عليه الكفارة ويقال له: لا يحل لك الوطء ثانيًا حتى تكفر[٦]، وجاء في تفسير قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾[٧]، يعني والذين كانت عادتهم أن يقولوا هذا القول قطعوه[٨] بالإسلام ثم يعودون لمثله، وجه آخر: ثم يعودون لما قالوا بمعنى يتداركون ما قالوا كما يقال: عاد عنت[٩] على ما أفسد أي تداركه بالإصلاح.

«واعلم أن من شرط الفرع ألا يكون معلوم الحكم بالنص (فإنه إذا علم بالنص)[١٠]، وعدينا إليه ما يخالفه لم يجز وإن عدينا إليه ما يوافقه فهو عبث[١١]، قالوا: فالرقبة[١٢] منصوص عليها في كفارة الظهار وكفارة القتل واستعمال النصين من غير قياس ممكن فلم قستم[١٣] أحدهما على الآخر؟

(١) المهذب مع تكملة المطيعي للمجموع ١٦/ ١٠٩.
(٢) روضة الطالبين ٨/ ٢٧٠.
(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٥٠.
(٤) هداية أبي الخطاب ٢/ ٤٨.
(٥) في ب: يجب.
(٦) الكتاب مع اللباس ٢/ ٢٤٨-٢٤٩.
(٧) سورة المجادلة، آية: ٣.
(٨) في ب: ثم قطعوه.
(٩) في أ: عنث.
(١٠) ما بين القوسين مكرر في «ب».
(١١) في ب: عنت.
(١٢) في ب: كالرقبة.
(١٣) في ب: قسم.

والجواب أنا[١] تعرضنا لحكم النص بالمنصوص عليه فيما هو عام فيه، وذلك جائز بيانه[٢] أن قوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[٣] ليس نصًا في أن[٤] الإيمان لا[٥] يشترط لكنه يشعر به لعموم الصيغة[٦] ونحن عرفناه بالقياس وحملنا الرقبة المطلقة على الرقبة السليمة بطريق التخصيص كما حملنا السارق المطلق[٧] على سارق النصاب، ومن شرط الفرع أن تكون علة الأصل بائنة[٨] فيه)، ومن شرطه ألا يتقدم في الثبوت على الأصل مثاله: قياس الوضوء على التيمم مع تأخر التيمم عنه، والتحقيق فيه أنه لابد أن يعتقد[٩] لافتقار الوضوء إلى النية دلالة سوى التيمم فتعضد[١٠] تلك الدلالة بدلالة أخرى، فإذا اعتقدنا[١١] عليه دليلاً لم يمتنع الاستدلال بالتيمم[١٢] وصار كما تبين أن العالم يدل على قدم الصانع لكن ليس وجود الصانع حاصلاً بهذا الدليل، ومن شرطه ألا يقاس الفرع بالأصل في التخفيف والتغليظ والثبوت والسقوط، والتحقيق أنه متى كانت العلة الجامعة للفرع والأصل مناسبة لم[١٣] تنل بالافتراق»[١٤].

(١) في ب: أنامًا.
(٢) جائز بيانه: ساقط من أ.
(٣) سورة المجادلة، آية: ٣٠.
(٤) أن: ساقطة من أ.
(٥) في أ: لا مكررة.
(٦) في أ: الصنعة.
(٧) في أ: والمطلق.
(٨) في ب: أن يكون علة الأصل ثانية.
(٩) في ب: وأن يعتقد.
(١٠) في ب: فبقصد.
(١١) في ب: اعتدنا.
(١٢) بالتيمم: سقط من أ.
(١٣) في ب: لم ينل.
(١٤) المستصفى للغزالي ٢/ ٣٣٠-٣٣١.

الإيلاء والظهار والكفارة

المسألة السادسة والستون بعد المائتين: رشو[١] .

المولي[٢] .

المذهب: بعد المدة يوقف على الفيئة[٣] أو[٤] الطلاق[٥] .

عندهم: يقع الطلاق بمضي المدة[٦] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قال الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[٧] وجه الدليل: تسميته إيلاءً لا طلاقًا، وتقديره بالمدة فمن جعله طلاقًا فعليه الدليل.

لهم:

قال الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[٨] ، وجه

---

(١) في ب: نا = ٥١ وكذا في خاص أ.

(٢) المولي: اسم فاعل من آلى يؤلي إيلاء: إذا حلف، ومثله: تألى وائتلى، والألية: اليمين، والإيلاء شرعًا: حلف الزوج القادر على الوطء بالله تعالى، أو صفة من صفاته على ترك وطء زوجته في قبلها مدة زائدة على أربعة أشهر، كما في المطلع ص ٣٤٣.

(٣) الفيء: هو الرجوع إلى الجماع الذي حلف ألا يفعله، كما في الزاهر ص ٣٣٢.

(٤) في أ: والطلاق.

(٥) المهذب مع تكملة المجموع للمطيعي ١٦/ ٦١، والأم ٥/ ٢٧١.

(٦) الكتاب مع اللباب ٢/ ٢٤١، ورءوس المسائل ص ٤٢٣، والمبسوط ٧/ ٢٠.

(٧) سورة البقرة، آية: ٢٢٦، والتربص: التأني، والانتظار والتأخر مقلوب التصبر، كما في الصحاح ٣/ ١٠٤١، مادة: «ربص».

(٨) سورة البقرة، آية: ٢٢٦.

الدليل: أنه قدره بأربعة أشهر فمن زاد على مدة التربص فقد زاد على النص.

قال ابن عباس رضي الله عنهما: كان الإيلاء طلاق الجاهلية فزاد الشرع فيه أجلاً.

الدليل من المعقول:

لنا:

حلف على منع[1] حق من حقوق النكاح، فلا ينقطع به نكاحه كالحلف على منع النفقة، وفي الصورتين الطلاق لدفع الضرر، وإنما قدر الشرع المدة في الإيلاء فلا تصرف[2] فيه.

لهم:

الطلاق يزيل الملك فيحرم الوطء، واليمين يحرم[3] الفعل فجاز أن يقوم مقامه، يدل عليه أن من حلف[4] لا يطأ أجنبية ثم نكحها لم يكن إيلاء وتحقق الضرر الذي تخيلتم[5] دفعه لا يختلف بتقدم السبب وتأخره كالعنة فهو طلاق والشرع فسخ ينجزه بالأجل ليكون مخلصًا للزوج وكذلك[6] لو حلف ثلاثة أشهر (ثم ثلاثة أشهر)[7] لم يكن إيلاء والضرر قائم فعرف كونه طلاقًا لا ضرراً.

(١) منع: سقط من أ.
(٢) في ب: يصرف.
(٣) في ب وجـ: بحرم.
(٤) في أ: جلد.
(٥) في أ: تخيلتموه.
(٦) في أ: ولذلك.
(٧) ما بين القوسين ساقط من أ.

مالك: وافق القول الجديد(١) ، وقال: الحالف بغير الله مول(٢) .

أحمد: إن حلف بغير الله لا يكون موليًا(٣) .

التكملة:

قول(٤) ابن عباس: حكاية حكم الجاهلية لا يلزم اتباعه، وقوله: زاد فيه أجلاً حكاية عن اعتقاده، وذلك لا يلزمنا، ولا نسلم أن اليمين يحرم المحلوف عليه أما(٥) اختصاص الإيلاء بالنكاح، فذلك لأن المدفوع مضرة تحققت بالقول والفعل جميعًا، فإنه آذاها(٦) باللسان ثم بالامتناع، فإذا سبق القول النكاح لم يكن إيذاء(٧) بالقول ودليل اعتبار القول بالإيلاء(٨) أنه بعد المدة (لو عجز عن(٩) الوطء)، وفاء بالقول صح، ومسألة الإيلاء ثلاثة أشهر ممنوعة، وعلى التسليم نقول(١٠) : المشروع(١١) هو الطلاق بعد أربعة أشهر بحكم(١٢) اليمين السابقة فقد انحلت لثلاثة أشهر واليمين الثانية لم تتم

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٤٢، والتفريع ٢/ ٩١-٩٣، والبداية مع الهداية ٧/ ٩٦.
(٢) بداية المجتهد مع الهداية في تخريج أحاديثها ٧/ ٩٧ .
(٣) هداية أبي الخطاب ٢/ ٤٦، ومغني ابن قدامة ٧/ ٢٩٩ .
(٤) في أ: قال.
(٥) في أ: وأما.
(٦) في أ: اداها.
(٧) في أ: ابدا.
(٨) في ب وجـ : في الإيلاء.
(٩) في ب وجـ : أو عجز الوطء.
(١٠) في ب: بقول.
(١١) في أ: الشروع.
(١٢) في أ: حكم.

مـدتهـا، فكان غـيـر المشـروع لا يبـقى إلا أن هذا إذا اعـتـبـر صـار حـيـلة في المضـارة[١] والشرع لم يحسم باب الحيل كحيلة إزالة الملك في إسقاط الزكاة وحـيـل التـخلص[٢] من الزنى وإسـقـاط القطع بانفراد أحد اللصين بالنقب وذلك لأن القـواعد بنيت على المقاصد الكلية ثم لا تنفك قاعدة من حيلة تنقضي بها عهدتها، وبالجملة مستندنا إلى حقيقة الإيلاء وصورته فإنه يمين وصيغته إخبار عن الانكفاف عن الفعل فصار كما لو أضافه إلى إطعامه ومن حيث المعنى إيجاب الكفارة فيه مع الحنث هذا ظاهره وباطنه، فمن[٣] ادعى كونه طلاقًا فعليه الدليل[٤] .

---

(١) في أ: المضادة.

(٢) في أ: التلخيص.

(٣) في ب: بمن.

(٤) في ب وجـ: البيان.

هوامش هذه المسألة:

المجادلة: هي خولة[١] بنت ثعلبة زوج أوس[٢] بن الصامت.

الإيلاء: الحلف[٣] قال كثير[٤]: =

---

(١) هي خولة بنت ثعلبة بن أصرم الأنصارية زوجة أوس بن الصامت، روى حديثها يوسف بن عبد الله بن سلام. من ربات الفصاحة والبلاغة.
(خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ص ٤٩٠، وأعلام النساء ١/ ٣٨٢).

(٢) هو أوس بن الصامت الأنصاري، أخو عبادة، صحابي له حديثان وهو الذي ظاهر من امرأته، روى عنه عطاء ولم يدركه، مات أيام عثمان.
(خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ص ٤١).

(٣) الزاهر ص ٣٣١.

(٤) هو كثير بن عبد الرحمن بن الأسود بن عامر، الخزاعي، أبو صخر، شاعر، متيم مشهور، من أهل المدينة، أكثر إقامته بمصر، وفد على عبد الملك بن مروان، فازدرى منظره ولما عرف أدبه رفع مجلسه فاختص به وببني مروان يكرمونه، يقال له: كثير عزة. توفي بالمدينة، وله ديوان شعر.
(الأعلام للزركلي ٥/ ٢١٩، وشذرات الذهب ١/ ١٣١-١٣٢).

. . . .

❊ ❊ ❊

= قليل الألايا حافظ ليمينه وإن صدرت منه الألية برت[١]

هو الذي يحلف بالله على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر[٢]، وإن حلف بالطلاق أو العتاق فقولان[٣]:

قال ابن عباس: لا يكون موليًا حتى يحلف على ترك الوطء أبدًا أو مطلقًا[٤] ويكون في حال غضب.

قال النخعي وقتادة[٥]: إذا حلف لا يطؤها[٦] يومًا أو أقل أو أكثر كان موليًا[٧].

قال أبو ثور: يقع طلاقًا بائنًا[٨].

❊ ❊ ❊

---

(١) مجمل اللغة ١/ ١٠١، وفيه: «وإن سبقت» بدلاً من «وإن صدرت»، ونسبه المعلق لكثير في ديوانه ٣٢٥، والمطلع ص ٣٤٣، كالمجمل.

(٢) المطلع ٣٢٣.

(٣) مغني ابن قدامة ٧/ ٢٩٨، ولا يكون إيلاء.

(٤) المغني لابن قدامة ٧/ ٣٠١.

(٥) هو قتادة بن دعامة السدوسي، أبو الخطاب البصري الأكمه، أحد الأئمة الأعلام، حافظ مدلس، روى عن أنس وابن المسيب وابن سيرين وخلق، وروى عنه أيوب وحميد وحسين المعلم والأوزاعي وشعبة وعلقمة، قال ابن المسيب: ما أتانا عراقي أحفظ من قتادة، وقال ابن سيرين: قتادة أحفظ الناس، وقال ابن مهدي: قتادة أحفظ من خمسين مثل حميد. توفي سنة ١١٧، وقد احتج به أرباب الصحاح.

(خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ص ٣١٥، وشذرات الذهب ١/ ١٥٣، والعبر ١/ ١١٢، وسير أعلام النبلاء ٥/ ٢٦٩، وميزان الاعتدال ٣/ ٣٨٥، والبداية والنهاية ٩/ ٣١٣، وطبقات المفسرين ٢/ ٤٧، ونكت الهيمان ص ٢٣٠).

(٦) في أ: يطاها.

(٧) حلية العلماء ٧/ ١٤١، ومغني ابن قدامة ٧/ ٣٠٠.

(٨) في أ: ثانيًا، وانظر المسألة في بداية المجتهد ٢/ ٧٦.

المسألة السابعة والستون بعد المائتين: رسز[١] .

ظهار[٢] الذمي .

المذهب: صحيح[٣] .

عندهم: لا[٤] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قال الله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا** ﴾[٥] .

لهم:

قال النبي عليه السلام في صخر[٦] البياضي حين ظاهر ثم وطئ:

---

(١) في ب: نب، وكذا في خاص أ.

(٢) الظهار: مشتق من الظهر، وإنما قالوا: كظهر الأم دون بطن وفخذ؛ لأن الظهر موضع الركوب، والمرأة مركوب الزوج كما في تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ص٢٧٠ .

(٣) الوجيز ٢/ ٧٨، والأم ٥/ ٢٧٦ .

(٤) البناية في شرح الهداية للعيني ٤/ ٦٨٨، ورءوس المسائل ص ٤٢٥، والمبسوط ٦/ ٢٣١، ومختصر الطحاوي ص ٢١٤ .

(٥) سورة المجادلة، آية: ٣ .

(٦) هو سلمة بن صخر بن سليمان بن الصمة الأنصاري الخزرجي البياضي الذي ظاهر من امرأته، روى عنه ابن المسيب وسليمان بن يسار، قال البخاري: لم يسمع منه له عندهم حديث.
(خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ص ١٤٨) .

«**استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر**»[١] ، وجه الدليل أن حكم الظهار حرمة مؤقتة[٢] فلو صححناها من الكافر كانت الحرمة غير مؤقتة[٢] لأن الكفارة لا تصح منه .

الدليل من المعقول :

لنا :

التحريم لا يصلح حكمًا للظهار ؛ لأنه تحقيق غرض المظاهر ، والكفارة أيضًا لا تصلح ؛ لأنها ماحية له ، والحكم لا يمحو السبب ، فحكمه إذًا التأثيم والكفارة شرط حل الوطء ، ونسبة الكفارة إلى الظهار نسبة التوبة إلى الذنب ، والكافر أهل أن يأثم ولا ينافي حاله اشتراط الكفارة كاشتراط الشهادة في نكاحه .

لهم :

الكفارة عبادة ، وهي حكم الظهار ، والكافر ليس أهلاً للعبادة ، دليل كونها عبادة بأدائها بالصوم بدلاً من العتق ومبدلاً عن الإطعام[٣] والشيء لا يخلو[٤] عنه بدله ومبدله ويفتقر إلى نية ويعقب بالثواب ومحو[٥] الإثم ويفوض أداؤها إلى المكلف والعقوبات يستوفيها السلطان .

---

(١) أبو داود في سننه : باب في الظهار ٢/ ٦٦٦ ، والترمذي في جامعه في الطلاق : باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر ٣/ ٥٠٣ ، وقال : حديث حسن غريب صحيح ، وصحيح سنن ابن ماجه ١/ ٣٥٢ ، ونصب الراية للزيلعي ٣/ ٢٤٦ - ٢٤٧ ، وعزاه لأصحاب السنن الأربعة .

(٢) في ب : موقية .

(٣) في ب : الأحكام .

(٤) في ب : يخلوا .

(٥) في ب : ويمحوا .

مالك: ف[١] .

أحمد: ق[٢] .

التكملة:

الوجوب يتلقى من خطاب الإيجاب لكونه تكليفًا، والشروط والأسباب تتلقى من خطاب الوضع بقصور أحد الخطابين عن الكافر لا يبقى[٣] سببه وهو الإسلام لا يقتضي قصور الخطاب الآخر عنه، فالكفارة واجبة على المسلم بإسلامه عند ظهاره وهي مشروطة في حل وطئه وهما حكمان[٤] من جهتين والكافر يثبت في حقه بأحد الحكمين وهو الاشتراط فصار كنصب البيع ونصب الشهادة في النكاح وجميع ما حققوه من متشابه[٥] العبادات موجودة في كفارة الفطر وقد قضوا بأنها عقوبة حتى أسقطوها بالشبهات، فلم يوجبوا على المفطر أيامًا إلا كفارة واحدة ونفوها عمن جامع في صدر[٦] النهار ثم مرض أو سافر في آخره ثم الكفارة قسم بنفسها لا عقوبة ولا عبادة، لأن العبادة ما وجب ابتداء ابتلاء والكفارة تبنى[٧] على أسباب غير مشروعة والعقوبة ما شرعت زاجرة والكفارة في محل انتفاء[٨] الزجر كاليمين والحنث فالكفارة كاسمها ستارة لأثر الفعل،

(١) القوانين الفقهية ص ١٦٠، والإشراف ٢/ ١٤٦، والمنتقى للباجي ٤/ ٤٠.
(٢) شرح منتهى الإرادات ٣/ ١٩٨، والمغني ٧/ ٣٣٨، وكشاف القناع ٥/ ٣٠٢.
(٣) في أ: يبقا.
(٤) في أ: حكما.
(٥) في ب: مشابه.
(٦) صدر: سقطت من ب.
(٧) في ب: تنبني.
(٨) في ب: انتفى.

والنية في الكفارة للتمييز لا للقربة، ويمكن أن نقول[1] : وجب عليه الصوم وهو بسبيل من أدائه بشرط تقديم الإسلام كالصلاة في حق المحدث.

* * *

(١) في ب: يقول.

هوامش هذه المسألة:

الظهار: أن يقول: أنت علي كظهر أمي، ومثله أن يقول: عندي أو مني أو معي[1]، كذلك لو قال: بدنك أو جسمك أو ذاتك[1]، ومتى شبه عضواً منها بظهر أمه كان ظهاراً[2]، وإذا شبهها بعضو من أعضاء أمه كان ظهاراً، وكذلك لو شبه عضواً منها بعضو من أمه.

قال الداركي: إذا قال: أنت كظهر أمي لا يكون مظاهراً؛ إذ ليس فيه ما يدل علي أنه في حقه[3].

قال أبو علي بن أبي هريرة: إذا قال: أنت علي كروح[4] أمي لا يكون مظاهراً[2]، قال ابن القاسم: إذا قال: أنت علي كظهر أمي يكون مظاهراً[5].

* * *

(١) روضة الطالبين ٨/ ٢٦٢، والمغني ٧/ ٣٤٢، والأم ٥/ ٢٧٧.

(٢) روضة الطالبين ٨/ ٢٦٣، وحلية العلماء ٧/ ١٦٤ ـ ١٦٥.

(٣) المغني ٧/ ٣٤٢، وعزاه لبعض الشافعية، وحلية العلماء ٧/ ١٦٥.

(٤) في ب: نحروج.

(٥) الإشراف ٢/ ١٤٧، والمنتقى للباجي ٤/ ٣٨.

المسألة الثامنة والستون بعد المائتين: رسح[1] .

إذا وطئ المظاهر عنها في أثناء شهري[2] الصوم[3] .

المذهب: لم ينقطع التتابع[4] .

عندهم: ينقطع ويلزمه الاستئناف كيف وطئ[5] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قال الله تعالى: ﴿ **فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا** ﴾[6] ، وجه الدليل: أن[7] المأمور به شهران متتابعان وقد أتى به، والوطء ليلاً لو قدح في التتابع[8] دون إفساد الصوم لقدح الزنى[9] ليلاً فإذا[10] لم ينقطع بالزنى لم ينقطع بوطء[11] الزوجة.

لهم:

قال الله تعالى: ﴿ **فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا** ﴾[6] ، وجه

---

(١) في ب: نج، وكذا في خاص أ.
(٢) في ب: شهر وهو خطأ.
(٣) في ب: الصيام.
(٤) الوجيز ٢/ ٨٤، وتكملة المجموع للمطيعي ١٦/ ١٣٩ .
(٥) الوجيز لتعليل المختار ٣/ ١٦٥ ، والهداية مع البناية ٤/ ٧١٤، والهداية ٢/ ٢١ .
(٦) سورة المجادلة، آية: ٤ .
(٧) أن : سقطت من أ.
(٨) في ب: التبايع وهو سهو.
(٩) في أ، ب: الزنا.
(١٠) في أ: فاذ.
(١١) في أ: بوطي، وفي ب: بوطي.

الدليل أن المأمور به[١] ، وطء قبل المسيس فيفهم[٢] منه التعرية والتخلية (فإذا عجز عن التقديم لم يعجز عن التخلية)[٣] .

الدليل من المعقول :

لنا :

المستديم أسعد حالاً من المستأنف ، ونظيره قوله تعالى : ﴿ وَسَبِّحْ[٤] بِحَمْدِ رَبِّكَ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَقَبْلَ الْغُرُوبِ ﴾[٥] ، فلو شرع في صلاة العصر فغربت الشمس أمر بالإتمام لا بالاستئناف ، ولو فرضنا فيما لو جامع[٦] في ليلة تسع وخمسين كان[٧] وقوع تسع وخمسين يومًا[٨] قبل المسيس أولى من وقوع الجميع بعده[٩] .

لهم :

الكفارة لا تستقر في الذمة ، نعم إذا أراد الوطء حيل بينهما إلى أوان إخراج الكفارة زجرًا ، ولا يتم غرض[١٠] الزجر إلا بما ذكرنا فأنتم فهمتم

(١) وطء : سقط من أ.
(٢) في ب : ففهم.
(٣) ما بين القوسين في ب هكذا : «والحجر عن التقديم لم يعجز عن التحلية وإن عجز».
(٤) في أ وب : فسبح ، وهو خطأ.
(٥) سورة ق ، آية : ٣٩.
(٦) في أ : راجع جامع.
(٧) في ب : فإن وقوع تسع وخمسين.
(٨) في أ : وما.
(٩) في أ : بعد.
(١٠) في ب : عرض.

بالتقديم (تمحيص[١] أثر الجناية)، ونحن نفهم إتمام غرض[٢] الزجر.

مالك: وافق أبا حنيفة[٣].

أحمد: روايتان[٤].

التكملة:

النظر إلى شائبة الزجر يناقض ما قرروه على أن كل ما يتخيل[٥] من الشائبتين فقد تأدى بإخراج الكفارة فهي الزاجرة وهي الممحصة، فإن قالوا: المفهوم من التتابع صيام الليل، والنهار غير أن ضرورة البشرية رخصت في الفطر ليلاً فبقي الصوم حكمًا كالمعتكف شهرًا عن نذره، فإنه يخرج لقضاء حاجته ضرورة ويبقى حكم الاعتكاف حالة الخروج حتى لو وطئ بطل الاعتكاف، والجواب: تقدير بقاء الصوم ليلاً محال لأن الشارع ما جعل

(١) في ب: ما بين القوسين هكذا: «وتمحيص أثر الخيانة».

(٢) في ب: عرض.

(٣) القوانين الفقهية ص ١٦٠ ـ ١٦١، والإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/ ١٥٢، وبداية المجتهد ٢/ ٨٣، والمنتقى للباجي ٤.

(٤) المغني ٧/ ٣٦٧ـ٣٦٨، وهداية أبي الخطاب ٢/ ٥١، وكشاف القناع ٥/ ٣١٣، في رواية الانقطاع.

(٥) في ب: تتخيل.

هوامش هذه المسألة:

الإمامية: لا يقع الظهار إلا في طهر لا جماع فيه[١] بمحضر من شاهدين[٢]، ولا يصح بيمين[٢] ولا بشرط[٢] ولا مع الإبهام، ولا يقع إلا بلفظ الظهار، ومتى ظاهر ثم جامع قبل أن يكفر فعليه كفارتان[٣].

(١) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٣/ ٦٤، والمختصر النافع ص ٢٢٩.

(٢) شرائع الإسلام ٣/ ٦١ ـ ٦٢، والمختصر النافع ص ٢٢٩.

(٣) المختصر النافع في فقه الإمامية ص ٢٢٩، وشرائع الإسلام ٣/ ٦٥.

الليل محل الصوم والفطر فيه عزيمة كالصوم في نهار رمضان بدليل تحريم الوصال والرخصة لا يحرم تركها، ألا ترى أن المعتكف لو لازم المسجد ولم يخرج للضرورة حتى أرهقت جاز ذلك ثم لو وطئ غير المظاهر عنها جاز وكونه بالليل لم يبطل التتابع، وشأن الرخص الاقتصار على حد الحاجة.

* * *

المسألة التاسعة والستون بعد المائتين: رسط[١] .

إعتاق الرقبة الكافرة.

المذهب: لا تجزي عن الكفارة[٢] .

عندهم: يجزي إلا عن كفارة القتل[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قال الله[٤] تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[٥] .

أمر بالتحرير ولم يأت به لأن الكافر لا يقبل أثر العتق، فإن رقه قائم (ببقاء نفسه)[٦] وهو الكفر والرق ثابت في الكفار بدار الحرب، ولهذا ثبت في حق النساء، وإن لم يقاتلن.

لهم:

قال الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[٥] .

وجه الدليل أنه أمر بتحرير رقبة مطلقة فزيادة وصف الإيمان يحتاج إلى دليل والزيادة[٧] على النص نسخ فامتنع بالقياس.

---

(١) في ب وخاص أ: ند = ٥٤.

(٢) الوجيز ٢/ ٨١، والتنبيه ص ١٨٧، والأم ٥/ ٢٨٠، وحلية العلماء ٧/ ١٨٣.

(٣) الاختيار لتعليل المختار ٣/ ١٦٣، ٥/ ٢٦، والبناية ٤/ ٧٠٢-٧٠٤، والنتف ١/ ٣٨٤، ومختصر الطحاوي ص ٢١٣، والمبسوط ٧/ ٢، والهداية ٢/ ١٩، وحلية العلماء ٧/ ١٨٣.

(٤) في ب: قوله تعالى.

(٥) سورة النساء، آية: ٩٢، والمجادلة، آية: ٣، وفي النساء زيادة وصف بالإيمان.

(٦) في ب: تبعًا لبقيته.

(٧) تخريج الفروع على الأصول ص ٥٠، وعزاه للحنفية، وعند الشافعية ليست نسخًا.

الدليل من المعقول:

لنا:

تحرير في تكفير فاشترط فيه[1] الإيمان قياسًا على كفارة القتل، والعلة الجامعة كون الإيمان يناسب[2] إسداء النعم وصار كالزكاة، فإن مصرفها المسلمون لهذه النسبة[3].

لهم:

أتى بما أمر به الدليل عليه أنه أمر بمطلق الرقبة، ولا يلزم اشتراط السلامة، فإن المطلق يحمل على الكامل والعيب نقصان الأجزاء المحسوسة التي كانت الرقبة رقبة بمجموعها، ولا يلزم زوال العقل والتضرر[4] في سائر القوى، فإنها ملحقة بالأجزاء بدليل تكميل الضمان، ولا يلزم المرتد فإنه هالك حكمًا، وبالجملة: العتق إسقاط وقد وجد.

مالك: ق[5].

أحمد: ق[6].

التكملة:

ليس في اشتراط الإيمان نسخ؛ لأن النسخ[7] إثبات ما دل الكتاب على

---

(١) في ب: فاشترط الإيمان فيه.

(٢) في ب: تناسب.

(٣) في ب: السببية.

(٤) في ب: والبصر.

(٥) القوانين الفقهية ص ١٦٠، والإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/ ١٥٤، والمنتقى ٤/ ٤١، وبداية المجتهد ٢/ ٨٣.

(٦) هداية أبي الخطاب ٢/ ٥٠، في إحدى الروايتين ويجزي في الأخرى، والمغني ٧/ ٣٥٩، في ظاهر المذهب.

(٧) لأن النسخ: ساقطة من أ.

نفيه أو نفي ما دل على ثبوته والإيمان مسكوت عنه في كفارة اليمين والظهار، فلم يكن إثباته نسخًا، نعم لو لم يدل دليل[١] على اشتراط الإيمان لأجزأ[٢] الكافر لأن في الكتاب العزيز إيجاب الرقبة من غير ذكر الإيمان، فهو بيان لا نسخ ثم جميع مسائل التقييد نقض[٣] عليهم، فإن مطلق لفظ الرقبة يطلق[٤] على المعيب والمجنون والمرتد حتى لو قال: رقابي أحرار عتق الجميع، فإذًا هي قيود أثبتناها بأدلة، وبالجملة: لا ينكر الخصم أن الشرع قصد بالعتاق تخليص[٥] العبد من الرق، وأن هذا يناسب الإسلام ولو كان المقصود الإسقاط لحصل بقتل العبد، فإن قالوا: في القتل عدوان فرضناه في عبد وجب للسيد[٦] عليه قصاص، وعلى الحقيقة المتسبب[٧] إليه حصول العتق لا عدم الرق.

* * *

(١) دليل: ساقطة من ب.
(٢) في ب: لأجزى.
(٣) في ب: نقص.
(٤) في ب: ينطلق.
(٥) في ب: بتخليص.
(٦) في ب: السيد.
(٧) في أ: المنتسب.

هوامش هذه المسألة:

يجوز عتق المدبر[١] والعور[٢] لأن العور لا ينقص من العمل.

الإمامية: ولد الزنى لا يعتق في شيء من الكفارات[٣].

* * *

(١) التنبيه ص ١٨٧.
(٢) الأم ٥/ ٢٨٢، والتنبيه ص ١٨٧، والبناية مع الهداية ٤/ ٧٠٦.
(٣) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٣/ ٧٠، ونصه: «ويجزئ ولد الزنى، ومنعه قوم استسلافًا لوصفه بالكفر أو لقصوره عن صفة الإيمان، وهو ضعيف».

المسألة السبعون بعد المائتين: رع[١] .

إعتاق المكاتب عن الكفارة .

المذهب: لا يجزئ[٢] .

عندهم: يجزئ[٣] إن كان ما أدى[٤] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٥] .

لهم:

قال النبي عليه[٦] السلام: «**المكاتب[٧] عبد**، . . . .

(١) في ب وخاص أ: نه = ٥٥ .

(٢) روضة الطالبين ٨/ ٢٨٦، والتنبيه ص ١٨٧، والأم ٥/ ٢٨١، وحلية العلماء ٧/ ١٨٧ .

(٣) في ب: تجز .

(٤) الهداية مع البناية ٤/ ٧٠٨ ، والنتف ١/ ٣٨٤، واللباب مع الكتاب ٢/ ٢٥٢، والمبسوط ٧/ ٥ .

(٥) بياض في ب، وبخط مغاير في أ، ونصه: «بيع رقبة المكاتب، فقال أبو حنيفة ، ومالك: لا يجوز، إلا أن مالكًا قال: يجوز بيع مال الكتابة وهو الدين المؤجل بثمن حال إن كان عينًا فبعرض وإن كان عرضًا فبعين، وعن الشافعي قولان: أحدهما الجديد منهما أنه لا يجوز، وقال أحمد: يجوز ولا يكون البيع فسخًا لكتابته بل يجريه المشتري على ذلك فيقوم فيه مقام السيد»[١] .

(٦) في ب: ﷺ .

(٧) الكتابة من الكتب، وهو الجمع: لأن الكتابة تجمع نجومًا، والنجم بفتح النون: الوقت سواء القريب والبعيد، والنجمان وقتان، كما في تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٤٥ .

(١) الإفصاح بتصرف ٢/ ٣٧٥.

ما بقي عليه درهم»[١] .

أثبت كونه عبدًا، والآية تقتضي إعتاق عبد مؤمن وهذا عبد مؤمن .

الدليل من المعقول:

لنا:

الملك في المكاتب ناقص بدليل تخلف آثار الملك في حق السيد، فإنه لو جنى[٢] عليها أو وطئها لزمه الأرش[٣] أو العقر والعتق[٤] تستحق الكتابة فلا تتأدى[٥] به الكفارة لأن الشيء الواحد لا يقع عن جهتين[٦] ، وذلك لأن الكتابة (واجبة[٧] النجوم) في ذمة العبد وإن خالف الأصل لكن الشرع اعتبره فهو عتق عن الكتابة لا عن الكفارة .

لهم:

حكم الكتابة فك الحجر لا إثبات الحرية فهو[٨] كالمأذون لكن فك الحجر عن المكاتب (للمكاتب)[٩] ، وعن المأذون للسيد وامتناع تصرفات (السيد)[١٠]

(١) أبو داود والنسائي والحاكم من طرق كما في التلخيص الحبير ٤/ ٢١٦، وقال الشافعي في حديث عمرو بن شعيب: لا أعلم أحدًا روى هذا إلا عمرو بن شعيب ولم أر من رضيت من أهل المدينة يثبته، وأبو داود في سننه ٤/ ٢٤٢ .

(٢) في ب : حنى .

(٣) في ب: بالعرض، وهو تصحيف .

(٤) في ب: والمعتق .

(٥) في ب: يتأدى .

(٦) في ب: خمسين .

(٧) ما بين القوسين في ب: واجب المحرم .

(٨) «فهو»: ساقطة من ب .

(٩) للمكاتب: ساقطة من: أ .

(١٠) السيد: سقطت من أ .

لزوال اليـد وإلا[1] الذات مملوكة له وكونه يستتبع الإكساب والأولاد لأن بالعتق انفسخت[2] الكتابة في حق السيد ووقع عن الكفارة وبقي في حق العبد كل ذلك تشوفًا إلى تحصيل العتق.

مالك: ق[3].

أحمد: وافق الخصم[4].

التكملة:

ثبوت الولاء للمكاتب دليل على أنه يعتق ولم يوجد ما يصير به معتقًا سوى الكتابة التي هي عقد عتاقه فالعتاق[5] من جهة الكفارة إبطال لهذا[6] العتق.

يبقى أن العتاق صحيح وذلك أبرأ من النجوم، وللسيد الإبراء فجعل عبارة عما يملك كما لو قالوا[7] في الوارث: يعتق لمكاتب[8] أبيه مع أنه لا يملكه عندهم ذلك لأنه أبرأه عن[9] النجوم، ولنا أن نتعرض لمحال[10] العبد

---

(١) في ب: ولا.

(٢) في ب: انفسخ.

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر ٢/ ١٥٤، وبداية المجتهد ٢/ ٨٤.

(٤) هداية أبي الخطاب ٢/ ٥٠، يجزي إن لم يؤد شيئًا من كتابته في الرواية الثالثة.

(٥) في ب: عن.

(٦) في ب: هذا.

(٧) في أ: كان.

(٨) في أ: المكان.

(٩) في ب: عين.

(١٠) في ب: بمحال.

دون سبب[١] العتق وجهته ونقدر[٢] ملكًا لا يقدر السيد على إبقائه فلا يجزي[٣] إسقاطه[٣] عن الكفارة كالملك في المستولدة، وتقريره أن التقرب إلى المعبود إنما يكون ببذل[٤] ما لو لم يبذله لبقي له إلا بما هو معرض للزوال شاء أم أبى والمناسبة في ذلك ظاهرة لما فيه من الابتلاء والامتحان بل هذا آكد من[٥] المستولدة؛ لأنها مملوكة بحياته[٦] بدليل حل وطئها واللزوم في حق السيد بالإضافة إلى الموضعين سواء، ونعتذر[٧] على العبد المعلق عتقه على طلوع الشمس مثلاً بأنه يقدر على استبقاء[٨] ماليته ببيعه.

* * *

(١) في ب: تثبيت.
(٢) في ب: وبقدر.
(٣) في ب: بحرى.
(٤) في ب: ببدل.
(٥) في ب: «في» بدل «من».
(٦) في أ: بحناية.
(٧) في ب: ويعتذر.
(٨) في أ: استيفا.

هوامش هذه المسألة:

طاوس وعثمان البتي: يجزى عتق أم الولد في الكفارة[١].

* * *

(١) مغني ابن قدامة ٧/ ٣٦٢، وعزاه لهما، وحلية العلماء ٧/ ١٨٨، والبناية مع الهداية ٤/ ٧٠٧.

اللوحة ٦٦ من المخطوطة أ :

قوله عليه السلام: «**لن يجزي والدًا ولده...**» الخبر[١]، مخرجه مخرج قوله تعالى: ﴿**حَتَّىٰ يَلِجَ الْجَمَلُ**﴾[٢] معناه أن الولد لا يجزي الوالد وكان الوالد[٣] ينعتق لا بإعتاق الولد، والله أعلم.

مسألة: إذا ملك رقبة يحتاج إليها لخدمته لم يلزمه عتقها خلافًا له[٤].

لنا: هو[٥] أن حاجته تستغرق[٦] ما معه، فكان كعدمه في جواز الانتقال إلى البدل كما لو كان له مسكن يحتاج إليه[٧] ولا يقال: المسكن ليس من جنس ما يكفر به ولا هو ثمن له وهاهنا واحد لرقبة[٨] تجزي في الكفارة؛ لأن معنى الأصل يبطل (بالمسكن الثاني والثالث ومعنى الفرع)[٩] ينكسر بما إذا وجد ماء يحتاج إليه لشربه فإنه يجوز له الانتقال إلى التيمم وإن كان الماء الذي معه يجزي في الطهارة؛ ولأنه[١٠] لو لزمه العبد مع وجود الحاجة إليه لم يفترق

---

(١) مسلم في صحيحه في كتاب العتق: باب فضل عتق الوالد ٢/ ١١٤٨، عن أبي هريرة بلفظ: «**لا يجزي ولد والدًا إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه**»، وفي رواية ابن أبي شيبة: «**ولد والده**» ومعنى: «لا يجزي ولد والدًا... إلخ» أي لا يقوم ولد بما لأبيه من حق، ولا يكافئه بإحسانه به إلا أن يصادفه مملوكًا فيعتقه.

(٢) سورة الأعراف، آية: ٤٠.

(٣) في أ: الولد.

(٤) في ب: خلافًا لهم. وانظر في المسألة: الوجيز ٢/ ٨٣، وحلية العلماء ١٧/ ١٨١، وانظر في مذهب الحنفية رءوس المسائل ص ٤٢٠.

(٥) هو: ساقطة من ب.

(٦) في ب: يستغرق.

(٧) إليه: ساقطة من أ.

(٨) في ب: لقربه.

(٩) ما بين القوسين في أ هكذا: «بالمسكين الباقي الثلث ومعنى الشرع».

(١٠) في أ: ولاية.

الحال بين أن يكون ما معه من جنس ما يجزي في الكفارة أو غيره كما لو كان عليه دين لازم، فإنه يجب عليه قضاؤه في الموضعين.

مسألة: لا يجب تعيين النية في الكفارة[١]، وقال أبو حنيفة: إن كان عليه كفارتان من جنسين مختلفين وجب عليه التعيين[٢]. لنا: هو أنها حقوق مخرجة على وجه التكفير، فلم تفتقر إلى نية التعيين كما لو كانت من جنس واحد، ولا يقال: إن في الأصل اتفق الموجب والموجب، فلم يفتقر إلى التعيين وهاهنا عبادتان مختلفتان في الموجب والموجب، فافتقر إلى التعيين كالظهر والعصر؛ لأن معنى الأصل يبطل بظهري يومين ومعنى الفرع لا يصح؛ لأنه لا تأثير لذكر العبادتين في الأصل لأن الصلاة الواحدة أيضًا تفتقر إلى التعيين ثم يجعل ذلك معارضة في الأصل، ونقول: الصلاة تفتقر إلى التعيين وإن كانت واحدة، والكفارات لو انفردت واحدة لم تفتقر[٣] إلى التعيين، فكذلك إذا كان معها غيرها كصلاتي التطوع[٤].

مسألة: إذا عتق نصفي عبدين أجزأه عن كفارته على أصح[٥] الوجوه خلافًا لهم[٦]، لنا: هو أنه[٧] أخرج رقبة كاملة فجاز أن تجزي[٨] في الكفارة كما لو عتق نصفي رقبة واحدة ويخالف الإطعام لأن النص ورد فيه بقدر

(١) الوجيز ٢/ ٨١، وروضة الطالبين ٨/ ٢٨٠، وحلية العلماء ٧/ ٢٠٢.
(٢) البناية والهداية ٤/ ٧٢٤.
(٣) في ب: يفتقر.
(٤) في ب: تطوع.
(٥) روضة الطالبين ٨/ ٢٨٨، وحلية العلماء ٧/ ١٩١-١٩٢.
(٦) البناية في شرح الهداية ٤/ ٧٢٧، وحلية العلماء ٧/ ٢٠٢، وعزاه للحنفية.
(٧) أنه: ليست في ب.
(٨) في ب: يجزي.

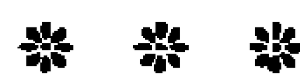
المخرج[١] وعدد المساكين.

مسألة: لا يجوز دفع الكفارة إلى ذمي[٢] خلافًا له[٣]. لنا: هو أنه لا يجوز دفع زكاة المال إليه، فلا يجوز صرف الكفارة إليه كالحربي[٤] والمرتد والمستأمن، فإن[٥] قالوا: هو من أهل الدار منعنا، وإنما يقر[٦] فيها بالجزية.

مسألة: لا يجوز صرف الكفارة إلى المكاتب[٧] (خلافًا له[٨]. لنا هو أنه منقوص بالرق، فلا يجوز صرف الكفارة إليه كالعبد القن وكمكاتب نفسه)[٩].



(١) في ب: الحرج.
(٢) روضة الطالبين ٨/ ٣٠٦، والمهذب مع تكملة المجموع ١٦/ ١٤٧.
(٣) البناية في شرح الهداية ٤/ ٧٢٧، والإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٦٦.
(٤) في ب: والحربي.
(٥) في ب: وإن قالوا.
(٦) في ب: يفرقها.
(٧) روضة الطالبين ٨/ ٣٠٦، والتنبيه ص ١٨٨، والمهذب مع تكملة المجموع ١٦/ ١٤٧، وحلية العلماء ٧/ ٢٠١.
(٨) المغني لابن قدامة ٧/ ٣٧٦، وعزاها لأبي حنيفة، وحلية العلماء ٧/ ٢٠١، وعزاه لأبي حنيفة.
(٩) ما بين القوسين ساقط من أ.



من مسائل العتق والكفارة

المسألة الحادية والسبعون بعد المائتين: رعا[١].

من اشترى من يعتق عليه على نية الكفارة.

المذهب: لم يجز[٢].

عندهم: ف[٣].

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٤].

---

(١) في ب: نو = ٥٦ وكذا في خاص أ.

(٢) روضة الطالبين ٨/ ٢٨٧، والأم ٥/ ٢٨١، وحلية العلماء ٧/ ١٨٨، وتخريج الفروع ص ٣٥٤.

(٣) المختار مع الاختيار ٣/ ١٦٤، واللباب شرح الكتاب ٢/ ٢٥٢، والهداية مع العناية ٤/ ٧١٠، والهداية ٢/ ٨٨.

(٤) بياض في ب، وفي أ: بخط مغاير ما نصه: «عن حماد[١] بن سلمة عن قتادة عن سمرة أن النبي ﷺ قال: «**من ملك ذا رحم محرم فهو حر**». رواه الخمسة[٢]، وروى عنه ﷺ قال: «**لا يجزي ولد**[٣] والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه**» =

---

(١) حماد بن سلمة بن دينار الربعي أو التميمي أو القرشي، مولاهم، أبو سلمة البصري، أحد الأعلام، عن ثابت وسماك وسلمة بن كهيل وابن أبي مليكة وقتادة وحميد وخلق، وعنه ابن جريج وابن إسحاق شيخاه وشعبة، ومالك، وحبان بن هلال والقعنبي، وأمم، قال القطان: إذا رأيت الرجل يقع في حماد فاتهمه على الإسلام، توفي سنة سبع وستين ومائة كما في خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ص ٩٢.

(٢) ابن ماجه في سننه في العتق: باب من ملك ذا رحم محرم ٢/ ٨٤٣، والترمذي في جامعه في الأحكام: باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم ٣/ ٦٤٦، وقال: لا نعرفه مسندًا إلا من حديث حماد بن سلمة، وأحمد في مسنده ٥/ ١٨، وأبو داود في سننه في العتق، باب فيمن ملك ذا رحم محرم ٤/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠، وقال المحقق: ونسبه المنذري للنسائي.

(٣) في أ: والد ولده، وهو خطأ.

لهم:

قول النبي عليه السلام: «**لن يجزي والدًا ولده حتى يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه**»[(١)] أي بالشرى[(٢)] كقولهم: أطعمه فأشبعه أي بالإطعام، ومن اشترى نصف قريبه[(٣)] قوم عليه بالنص ولو كان عتقًا عليه دون إعتاقه لما قوم عليه كما لو ورث نصف قريبه[(٣)].

الدليل من المعقول:

لنا:

عتق يستغني في الوقوع[(٤)] عن قصده فلا ينصرف إلى جهته كالعتق المعلق على الشرى[(٢)]، وصورته إذا قال للعبد: إن بعتك واشتريتك فأنت حر، وذلك لأن المأمور به إزالة الملك والشرى تحصيل الملك بدليل شرى الأجنبي، وقد انعقد هاهنا حتى علق عليه العتق، والعتق بالقرابة حكم شرعي بغير[(٥)] اختيار.

لهم:

الملك يناسب الصلة كالقرابة بدليل أن من ملك عبدًا وجب عليه نفقته، كما تجب نفقة قريبه الفقير، فإذا اجتمع الملك والقرابة في محل النزاع وحكم

= رواه مسلم[(١)].

(١) تقدم تخريجه آنفًا.

(٢) هكذا، وهو جائز.

(٣) في أ: فرسه.

(٤) في ب: بالوقوع.

(٥) في ب: بعين.

---

(١) مسلم في صحيحه في العتق: باب فضل عتق الوالد ٢/ ١١٤٨ عن أبي هريرة.

الشرع بحصول العتق وهو يصلح أن يكون صلة أضيف إلى الوصفين فالعلة مركبة من جزءين[١] والملك هو الأخير فأضيف إليه كأجر[٢] من يلقى في السفينة فيغرق[٣] ويتأيد بثبوت الولاية .

مالك : ق[٤] .

أحمد : ق[٥] .

التكملة :

تسميته معتقًا في الحديث مجاز ، فالقرابة علة العتق والشرى مهد محل العتق والمشتري جمع بينهما فقرب المحل من العلة فصار كمن قرب القطن من النار ، فإنه يسمى محرقًا والحقيقة أن يوقد النار في محل يقبل أثرها علة الإحراق وكذلك حافر البئر يضمن من تردى فيها كحاز الرقبة[٦] ، إنما يثبت له الولاء ؛ لأنه حكم العتق عليه لا حكم الإعتاق ، ألا ترى أن من ورثه قريبه وهو نائم أو صبي عتق عليه وكان[٧] له الولاء من غير إعتاق غير أن العتق لا يحصل في الغالب إلا بالإعتاق فإخراج النبي عليه السلام كلامه مخرج الغالب والملك لا يناسب الصبي[٨] ، وإنما تطلق له التصرفات التي له لا التي

---

(١) في ب : جزئين .

(٢) في أ : كاخر .

(٣) في ب : معرف .

(٤) الإشراف ٢/ ١٥٥ ، وبداية المجتهد ٢/ ٨٤ـ٨٥ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٤٤٩ .

(٥) هادية أبي الخطاب ٢/ ٥٠ ، وشرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٠٣ .

(٦) في ب : بحافر الدية .

(٧) في أ : كان .

(٨) في أ : الصلة .

عليـه، والإنفاق تـخيير[١] لكنه لحرمـة الزوج كيلا يضيع حتى لو لم يملك المالك[٢] ما ينفقه وجب في بيت المال وعلى مياسير المسلمين حتى لو[٣] تركوه حـرجـوا[٤]، ونمنع مسألة السفينة وربما قالوا: الشرط والسبب اصطلاح الفقهاء، وقصد الشرع بالعتق[٥] لرقبة اختياراً وقد حصل وربما سلمنا نحن أن الشرى علة مستقلة لكن في التصرف خلل، فإنه إذا أعتق أباه أو ابنه كان الحظ له؛ لأنه بعضه فصار كما لو اشترى عبد نفسه بنية الكفارة، فإنه لا يجزي.

* * *

(١) في ب: تحسير.
(٢) في ب: الملك.
(٣) لو: سقطت من أ.
(٤) في أ: خرجوا.
(٥) في ب: بالإعتاق.

هوامش هذه المسألة:

الاستحسان معهم والقياس معنا[١].

قال داود: تجزي كل رقبة يقع عليها الاسم حتى العمياء[٢].

* * *

(١) المبسوط ٧/ ٨.
(٢) الإشراف ٢/ ١٥٥، وعزاه لداود، ومغني ابن قدامة ٧/ ٣٦٠، وعزاه له، وحلية العلماء ٧/ ١٨٥.

المسألة الثانية والسبعون بعد المائتين: رعب[١] .

إذا قال: أعتق عبدك عني ونوى صرفه إلى الكفارة فقال: أعتقت.

المذهب: وقع عن الكفارة[٢] .

عندهم: لا يقع[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٤] .

لهم: . . .[٥] .

الدليل من المعقول:

لنا:

عتق أمكن تصحيحه عن المسائل فصح كما لو ذكر العوض، بيانه: أن

---

(١) في ب: نز = ٥٧، وكذا في خاص أ.

(٢) روضة الطالبين ٨/ ٢٩٣، وحلية العلماء ٧/ ١٩٢.

(٣) حلية العلماء ٧/ ١٩٣.

(٤) بياض في ب، وبخط مغاير في أ، ونصه: عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **«من أعتق شركًا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه فيما يعدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه ما عتق»**[١] .

(٥) بياض في ب، وبخط مغاير في أ، ونصه: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: عن النبي ﷺ قال: **«من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضوًا من أعضائه من النار حتى فرجه بفرجه»**[٢] .

---

(١) البخاري في صحيحه في العتق: باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء ٣/ ١١٧ـ١١٨ بنحوه، ومسلم في كتاب العتق ٢/ ١١٣٩ بنحوه.

(٢) مسلم في صحيحه في العتق: باب فضل العتق ٢/ ١١٤٧.

الملك قد أدرج والملك[١] حاصل بعوض كالملك الحاصل بغير عوض فصار كما لو قال: أطعم عني عشرة مساكين عن كفارة يمين، فإنه يصح، وإن لم يذكر العوض، ونناقضهم[٢] بالتماسه بعقد[٣] فاسد ولا يفيد إلا بالقبض.

لهم:

الملك في الموهوب[٤] موقوف على القبض، والقبض فعل فلا يندرج في القول بخلاف البيع، فإنه من جنس الالتماس والإسعاف ولا يلزم البيع الفاسد حيث يفتقر إلى القبض ولو وقع هاهنا أجزأ لأن القبض ليس ركنًا في البيع لكنه اعتبر هاهنا لضعف الملك.

مالك: إذا أعتق عن غيره صح كما لو قضى دين غيره[٥].

أحمد: روايتان[٦].

التكملة:

ليس معنى درج البيع في الإعتاق على مثال طي شيء في شيء حتى يعتبر بينهما نوع تجانس[٧] بل معناه أن البيع الواقع[٨] مقدر الوجود شرعًا وإن كان معدومًا حسًا فالشارع يقدر بيعًا[٩]، ويثبت حكمه، فلذلك يقدر هبة[١٠]

(١) في ب: بالملك.
(٢) في ب: يناقضهم.
(٣) في ب: يعتد.
(٤) في ب: الموصوف.
(٥) المنتقى للباجي ٤/ ٤٢.
(٦) هداية أبي الخطاب ٢/ ٥٠.
(٧) في ب: يجانس.
(٨) الواقع: ساقط من أ.
(٩) في أ وب: تبعًا ولعل الصواب ما أثبت.
(١٠) في ب: يقدر هبته.

ويثبت حكمها ويمكن أن يقال: لا حاجة إلى تقدير البيع والهبة بل الواقع من ضرورة تصحيح اللفظ هو الملك وقد قدر الشرع انتقاله لأن الملتمس أهل الالتماس والمسعف أهل الإسعاف والعتق الملتمس لا يستحيل أن يقع من الملتمس والحق[1] لا يعدوهما فلما توافقا عليه[2] قدر الشرع ما هو ضرورة تصرفهما تشوفًا إلى تصحيح[3] العتق والواقع من ضرورة الشيء لا يطلب له سبب ولا يمتنع إثبات ملك دون بيع وهبة كالوصية[4] تفيد الملك بالموت أو القبول[5] من غير عوض ولا قبض وهذا ملك قدره الشرع لضرورة صحة اللفظ فلتقدرها[6] هنا والجامع خاصة العتق وتشوف[7] الشرع إليه والمال في الأصل مبذول فداءً لترغيب المال في الإجابة لا ثمنًا للملك المقدر وهذا متوجه.

* * *

(١) في ب: فالحق.

(٢) عليه: ساقط من أ.

(٣) في ب: صحيح.

(٤) في ب: كالوصيد يفيد.

(٥) في ب: والقبول.

(٦) في ب: فليقدر.

(٧) في ب: ويشوف.

هامش هذه المسألة:

لا خلاف[1] أنه لو ذكر عوضًا انصرف إليه[2].

* * *

(١) في ب: الاختلاف.

(٢) روضة الطالبين ٨/ ٢٩٢-٢٩٣.

المسألة الثالثة والسبعون بعد المائتين : رعج[١] .

استيعاب المساكين الستين أوالعشرة في كفارتي[٢] الظهار واليمين .

المذهب : واجب[٣] .

عندهم : لو صرف إلى مسكين واحد في أيام تفي[٤] عدد المساكين[٥] جاز[٦][٧] .

الدليل من المنقول :

لنا :

قوله تعالى : ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[٨] ، وهذا ظاهر ، وهو كقول الموصي اصرف هذا الطعام إلى ستين مسكينًا ، فيقتضي اللفظ وجوب الاستيعاب[٩] .

لهم : . . .[١٠] .

---

(١) في ب : نح = ٥٨ ، وكذا في خاص أ .

(٢) في ب : للفارات .

(٣) روضة الطالبين ٨/ ٣٠٥ ، وحلية العلماء ٧/ ١٩٩ .

(٤) في ب : هي .

(٥) في ب : المساكن .

(٦) في ب : بجار .

(٧) المختار مع الاختيار ٣/ ١٦٦ ، والنتف في الفتاوى ١/ ١٦٠ ، واللباب مع الكتاب ٢/ ٢٥٤ ، والهداية ٢/ ٢٢ .

(٨) سورة المجادلة ، آية : ٤ .

(٩) في ب : الاستيفاء .

(١٠) بياض في ب ، وفي أ بخط مغاير ونصه : «هل الكفارة على الترتيب أو على التخيير؟ قال أبو حنيفة والشافعي : على الترتيب ، وقال مالك : على التخيير ، وعن أحمد كالمذهبين ، أظهرهما الترتيب»[١] .

---

(١) الإفصاح ١/ ٢٤٢ .

الدليل من المعقول:

لنا:

الواجب التمليك من ستين فيكون تمليكًا ممن هو مستحق له وحقًا لمن وجب تمليكه كما في الزكاة، وإذا كانت حقوق ستين فلا يجزي واحد.

لهم:

الكفارة وجبت لله تعالى ابتلاءً وزجراً بتنقيص المال فحسب، نعم عين الشارع مصرفه وهو المسكين لا لذاته بل لسد خلته وسد خلة شخص ستين يومًا كسد خلة ستين مسكينًا يومًا فهو[1] أحد ركني الكفارة فلا يشترط تعدده[2] في الإجزاء قياسًا للمصروف إليه على المصروف فيه فإنه لو صرف المد إلى واحد واستعاده صح صرفه إلى آخر.

مالك[3]:

أحمد: ق[4].

التكملة:

إنما يتعلق بالآية وظاهرها وجوب الاستيعاب، ومبدأ التعليل في التأويل كون الواجب حق الله تعالى وذلك بعد التسليم لا ينافي وجوب الاستيعاب بعد تحقيق الأمر به، وما تخيلوه من تنقيص وسد خلة (لا يوجب)[5] ترك الظاهر؛ لأنه يجوز أن يكون المقصود سد خلة ستين مسكينًا استظهارًا

(١) في ب: فهو في أحد.

(٢) في ب: بعدده.

(٣) القوانين الفقهية ص ١٦١، وفقًا للشافعية، وكذا في الإشراف ٢/ ٢٤٥.

(٤) المغني لابن قدامة ٧/ ٣٦٩.

(٥) ما بين القوسين فيه طمس في أ.

بإجماع[١] هممهم وبركات دعواتهم في غرض التمحيص والمحو؛ لأن الغالب أن الجمع الكثير يشتمل على مجاب الدعوة، فإن قالوا: معناه (فإطعام طعام)[٢] ستين مسكينًا فالجواب أن هذا تعسف ظاهر؛ لأن الإطعام يتعدى إلى مفعولين يستقل بكل[٣] واحد منهما، أحدهما الطعام، والآخر المطعم، والله تعالى ذكر أحد المفعولين وهو المطعم، وترك الثاني وهو الطعام فإلغاء[٤] المفعول المصرح[٥] به وإدراج المحذوف مراغمة، فإن قيل: فقد قال: «فليستنج[٦] **بثلاثة أحجار**»[٧] وأقيم حجر واحد ذو ثلاث شعب مقامها، فالجواب: قد روي ثلاث مسحات أيضًا؛ ولأنه علم قطعًا أن ما عداه مساو له في المقصود ولم يظهر بينهما فرق، وهاهنا أظهر فرق بين الواحد والجماعة.

* * *

(١) في ب: باجتماع.

(٢) ما بين القوسين في ب: بإطعام.

(٣) في ب: كل.

(٤) في ب: فالغى.

(٥) في ب: والمصرح.

(٦) في ب: فلنستنج.

(٧) رواه ابن خزيمة وابن حبان والدارمي وأبو داود والنسائي وأبو عوانة في صحيحه كما في تلخيص الحبير ١/ ١٠٢.

* * *

المسألة الرابعة والسبعون بعد المائتين: رعد[١] .

التفدية[٢] والتعشية في الكفارة .

المذهب: لا يجزي بل لابد من التمليك[٣] .

عندهم: يجزي[٤] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٥] .

لهم:

قوله تعالى: ﴿**فإطعام**﴾[٦] ، وقد وجد كقوله عز وجل[٧] : ﴿**وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِ**﴾[٨] .

الدليل من المعقول:

لنا:

قربة مالية مقصودها إخراج المال إلى المحاويج فتعين فيها التمليك قياساً

---

(١) في ب : نط = ٥٩ ، وكذا في خاص أ.

(٢) في ب: التغذية.

(٣) التنبيه ص ١٨٨ ، وحلية العلماء ٧/ ٢٠٠ .

(٤) المختار مع الاختيار ٣/ ١٦٥ ، وفي ب: تجزي، واللباب مع الكتاب ٢/ ٢٥٤ ، والهداية ٢/ ٢٢ .

(٥) بياض في ب، وبخط مغاير في أ، ونصه: «يجوز دفع الصدقات إلى صنف واحد من الأصناف الثمانية، إلا الشافعي، فإنه لا يجوز عنده إلا استيعاب الأصناف الثمانية[١] ، وأما الثلاثة فجائز عندهم» .

(٦) سورة المجادلة، آية: ٤ .

(٧) عز وجل: ساقطة من أ.

(٨) سورة الإنسان، آية: ٨ .

---

(١) الإفصاح ١/ ٢٤٤.

على الكسوة والعلة على أقوى مراتب الشبه وأنهما خصلتان من خصال الكفارة شرعتا لعوض[١] واحد (على شخص واحد)[٢] ، وإن تشوفنا إلى المعنى فالتمليك أتم من التسليط .

لهم:

من لزمه إطعام قوم قبل منه إباحة الطعام لهم، دليله: نفقة الزوجات؛ لأن المقصود سد الخلة ولا يفوت إلا التصرفات كالبيع ولم[٣] تصرف الكفارة إليهم للتجارة، وأما الكسوة فهي اسم الثوب ولا يصرف إلى المسكين إلا بالتمليك والإعارة ليس فيها إلا صرف المنافع .

مالك[٤]:

أحمد: ق[٥] .

التكملة:

نمنع[٦] الأصل الذي قاسوا عليه ونقول: لا يكفي التقديم إلى الزوجة بل يحتاج إلى تمليكها[٧]، والفرق بين المسألتين أن للزوجات[٨] أن يسقطن

---

(١) في ب: لعرض.
(٢) ما بين القوسين ساقط من أ.
(٣) في ب: لو.
(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ٣/ ٤٥٤، وقال: ولا أحب في كفارة الظهار الغداء والعشاء.
(٥) هداية أبي الخطاب ٢/ ٥٢، ونصه: «أو غدى المساكين وعشاهم لم يجزه في أظهر الروايتين»، وعنه أنه يجزي ذلك.
(٦) في ب: يمنع.
(٧) في ب: تملكها.
(٨) في ب: الزوجات.

ذلك، وليس للفقراء إسقاطه، قولهم: الظاهر الإطعام وقد حصل، الجواب: الإطعام بالوضع الحقيقي الإيجار فإذا أوجره الطعام ووصل إلى معدته وشبع سمي إطعامًا حقيقة وذلك غير مشروط ويحتمل التقديم كما ذكروه[١] ويحتمل التمليك كما قال الراوي: أطعم رسول الله[٢] الجدة السدس[٣]، وتأويل التمليك لما فيه من رعاية حق المسكين أولى، يدل عليه أنه لو ملكه الحب[٤] (وتلف لم يلزمه إبداله، ولو قدم الطعام إليه وتلف لزمه إبداله، يدل عليه أنه لو ملكه الحب)[٥] كفاه ولو كان الواجب التمكين[٦] من الأكل لوجب مؤنة الخبز والطحن حتى يستعد للأكل.

* * *

(١) في ب: ذكره.

(٢) في ب: زيادة «ﷺ».

(٣) الدارمي في سننه في الفرائض: باب في الجدات ٢/ ٣٥٨، ونصه: حدثنا أبو نعيم، ثنا شريك عن ليث عن طاوس عن ابن عباس أن النبي ﷺ أطعم جدة سدسًا.

(٤) في أ: الحر.

(٥) ما بين القوسين ساقط من أ.

(٦) في ب: التمكن.

* * *

المسألة الخامسة والسبعون بعد المائتين: رعه[١] .

بأي الأحوال يعتبر في الكفارات .

المذهب: بحال الوجوب في قول فيلزمه الإعتاق إن كان موسراً ولا ينتقل إلى الصوم وإن أعسر وبالعكس[٢] .

عندهم: بحال الأداء وهو قول لنا[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . . الآية العزيزة[٤] .

لهم: الآية العزيزة .

الدليل من المعقول:

لنا:

انعقد السبب موجبًا للإعتاق، والأصل بقاء الوجوب إلى حين الأداء . دليل الوجوب سياق الآية وتوجه الخطاب في الحال به وإجراؤه[٥] على الأمر عند الأداء (والقضاء بسقوطه)[٦] تحكم من غير دليل، وكذلك تقرر[٧] عند

(١) في ب وخاص أ: س = ٦٠ .

(٢) روضة الطالبين ٨/ ٢٩٨-٢٩٩، والأم ٧/ ٦٦ .

(٣) رءوس المسائل ص ٤٣١، والمبسوط ٨/ ١٤٥ .

(٤) بياض في ب، وبخط مغاير في أ، ونصه: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا﴾[١] .

(٥) في ب: «عن» بدل: «على» .

(٦) في ب: وانقضا لسقوطه .

(٧) في أ: تقرر .

(١) هذا خلط في الآيات، وصحة الآيتين كما جاء في سورة المجادلة ٣، ٤، ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ .

وجوب الصوم حتى تجب[١] باسم التكفير، فاعتبرت فيه حالة الوجوب كالحدود.

لهم:

الصيام بدل العتق بدليل نظم الآية وتوقف الوجوب في أحدهما على العجز عن الآخر وشأن البدل أن يصار إليه عند العجز كالتيمم مع الوضوء والقيمة مع المثل في الضمان والأشهر مع الأقراء فإذًا[٢] لا يبقى البدل مع القدرة على المبدل وصار كالصلاة إذا فاتت[٣] حالة قدرة[٤] القيام صلى قاعدًا فإن وجد قبل القضاء قدرة قام.

مالك: ف[٥].

أحمد: ق[٦].

التكملة:

نمنع[٧] قضية البدلية بل هما واجبان مختلفان في حالتين وليس في الآية إلا بيان واجب كل حالة إذ البدل ما يقوم مقام[٨] المبدل من بعض الوجوه في تحصيل مقصود المبدل، فإنه لو كان مثله من كل وجه صار[٩] أصلاً مستقلاً

(١) في ب: يجب.
(٢) في ب: فاذن.
(٣) في ب: وإذا قامت.
(٤) في ب: قدر.
(٥) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٥٣.
(٦) شرح منتهى الإردات ٣/ ٢٠٠.
(٧) في ب: يمنع.
(٨) في أ: مقامه.
(٩) صار: ساقطة من ب.

بنفسه فالتيمم يبيح الصلاة، والوضوء يرفع الحدث، فتباح الصلاة لوجود[١] شروطها وهو الطهارة، وأما الصوم فهو مثل الإعتاق مطلقًا في مقصود الكفارة من محو الإثم والذنب وحل وطء المظاهر عنها وجواز الإقدام على المحلوف عليه من غير فرق فبطل معنى البدلية وصار كخصال الكفارة المخيرة، نعم جميعًا ينسبان[٢] إلى سبب واحد وذلك لا يوجب البدلية كالرجم والجلد واجبان في الزنى[٣] بحالتي[٤] البكارة والثيابة والجلد مائة مع الجلد خمسين في حالتي الرق والحرية، ثم لو تبدلت الحال بإحصان لم ينقلب الجلد رجمًا، ولو عتق العبد لم تصر الخمسون مائة، ثم الزكاة واجب مال في الذمة ولهذا نوجبه في قتل[٥] الصبي والمجنون كإيجاب الزكاة في مالهما، ونقول: الكفارة اسم جنس كالعبادة، ثم الصوم والصلاة واجبان مختلفان وإن شملهما قضية العبادة وكذلك[٦] الصوم مع الإعتاق فالعدول إلى أحدهما إسقاط الواجب الأول.

* * *

(١) في ب: بوجود.
(٢) في ب: سببان.
(٣) في ب وأ: الزنا.
(٤) في ب: محالتي.
(٥) في ب: «مال»، بدل: «قتل».
(٦) في ب: فكذلك.

* * *

اللوحة ٦٧ من المخطوطة : أ :

إذا لاعن الزوج وجب حد الزوجة إلا أن[١] تلاعن، وعندهم الواجب عليها اللعان[٢] وتحبس[٣] عليه، والحجة أن الشارع لما أقام اللعان مقام الشهود في حق الزوج فلتعمل[٤] على الأصل[٥] تحقيقًا[٦] لمعنى البدلية ويتأيد بقوله تعالى: ﴿**وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ**[٧] **تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ**﴾[٨]، والعذاب هو الحد قال تعالى: ﴿**فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ**﴾[٩] ولا يستقيم حمله على الحبس لأن الحبس[١٠] لا يقع مقصودًا بل وسيلة إلى استيفاء مقصود.

واعلم أن الحر المسلم إذا قذف زوجته الذمية أو الأمة[١١] لاعن[١٢] خلافًا

---

(١) في ب: «إذا» بدلاً من: «أن»، وانظر: المسائل في حلية العلماء ٧/ ٢٠٦-٢٠٧، وهداية المرغيناني ٢/ ٢٣-٢٤.

(٢) قال النووي في تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢٧٢: اللعان والملاعنة والتلاعن: ملاعنة الرجل امرأته، ويقال: تلاعنا والتعنا، ولاعن القاضي بينهما وسمي لعانًا لقول الرجل: وعليّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين، وشرعًا كما في شرح منتهى الإرادات ٣/ ١٠٦، «شهادات مؤكدة بأيمان من الجانبين مقرونة بلعن وغضب قائمة مقام حد قذف أو تعزير في جانبه وحبس من جانبها».

(٣) في ب: ويحبس.

(٤) في ب: فليعمل.

(٥) في أ: الأسل.

(٦) في ب: تخفيفًا.

(٧) في ب: يشهد، وهو خطأ.

(٨) سورة النور، آية: ٨.

(٩) سورة النساء، آية: ٢٥، وفي ب وأ: وعليهن، وهو خطأ.

(١٠) في ب: الجنس.

(١١) الأمة: ساقطة من ب.

(١٢) الوجيز ٢/ ٨٨، وحلية العلماء ٧/ ٢٢٦، ورءوس المسائل ص ٤٣٤.

لهم[١] ومعتمدنا[٢] الآية.

فإن قيل: اللعان يسقط الحد الواجب عندكم ويدفع الوجوب عندنا والزوج لم يتعرض للحد هاهنا، والجواب أن اللعان شرع لإسقاط الحد ونفي النسب وقطع الفراش والتشفي من الزوجة، وآحاد هذه المقاصد تستقل بشرعه[٣]، فإن قيل: اللعان حكمه وجوب الحد عليهما وليست أهلاً له، قلنا: لا نسلم أنه حكمه[٤] بل وجوب الحد لثبوت الزنى، وإن سلمنا فلا نسلم أنها ليست من أهل اللعان.

واعلم أن الأخرس أهل القذف واللعان[٥] خلافًا لهم[٦]، أما أهلية القذف فلأن إشارته قامت مقام العبارة[٧] في جميع التصرفات إنشاءً وإقرارًا، فإن قيل: ذلك خلاف الأصل باعتبار الحاجة ولا حاجة له في تصحيح قذفه إذ موجبه الحد أو اللعان فالنظر[٨] له في إبطاله، والجواب: أن قذف الزوج به حاجة إلى تصحيحه لنفي النسب وقذف الأجنبي

---

(١) الهداية مع البناية ٤/ ٧٣٥، والكتاب مع اللباب ٢/ ٢٥٥٧، ورءوس المسائل ص ٤٣٤، ومختصر الطحاوي ص ٢١٥.
(٢) في ب: ومعتمد الآية.
(٣) في ب: يستقل بسرعة.
(٤) في أ: حكمة.
(٥) حلية العلماء ٧/ ٢٢٧، إذا كانت له إشارة معقولة ومفهومة، والوجيز ٢/ ٨٨، والأم ٥/ ٢٨٦.
(٦) الهداية مع البناية ٤/ ٧٤٧، والكتاب مع اللباب ٢/ ٢٥٩، ورءوس المسائل ص٤٣٣.
(٧) في ب: العبادة.
(٨) في أ: بالنظر.

يصحح[١] لحاجة المقذوف يرحض[٢] عنه العار فصار كإقرار الأخرس بالقتل يصحح لحاجة مستحق القصاص، واعلم أن النسب ينتفي في النكاح الفاسد[٣]، وكذا[٤] في الصحيح بعد انقطاعه بالخلع، وعندهم لا يلاعن إلا في نكاح[٥]، والمعتمد أن اللعان شرع لحاجة دفع النسب والحاجة قائمة ولا فقه في اعتبار النكاح، واعلم أنه لا يجب[٦] الحد على الملاعن بقذف الأجنبي مع الزوجة[٧] خلافًا لهم[٨]، ومعتمدنا دعوى الشبهة، فإن الريبة[٩] واحدة أضافها[١٠] إليهما وصدق باللعان[١١] في حق الزوجة فانتقض[١٢] ذلك شبهة بدرء[١٣] الحد، وقد تعرض العجلاني[١٤] لشريك[١٥]، . . . .

(١) في ب: فصحح.

(٢) في ب: لرحض وفي أ: يرخص.

(٣) الوجيز ٢/ ٨٨، وروضة الطالبين ٨/ ٣٣٥-٣٣٦.

(٤) في ب: وكذى.

(٥) الاختيار والمختار ٣/ ١٦٧.

(٦) في ب: يجب.

(٧) المهذب مع تكملة المجموع ١٦/ ٢٣٤-٢٣٥.

(٨) المهذب مع تكملة المجموع ١٦/ ٢٣٥، وعزاه للحنفية.

(٩) في ب: الزينة.

(١٠) في ب: أضافهما.

(١١) في ب: اللعان.

(١٢) في ب: فانتهض.

(١٣) الدرء: الدفع كما في تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢٧٢، وفي ب: فدرأ.

(١٤) هو عويمر بن أبيض العجلاني الأنصاري، صاحب اللعان، وهو الذي رمى زوجته بشريك بن سحماء فلاعن رسول الله ﷺ بينهما وذلك في شعبان سنة تسع لما قدم من تبوك.
(انظر: أسد الغابة ٤/ ١٥٨).

(١٥) هو شريك بن عبدة بن مغيث بن الجد بن العجلان البلوي، حليف الأنصار، =

ابن السحماء[١] ولم يحد العجلاني، وإنما يجب الحد على الأجنبي؛ لأن الحجة ما كملت والحد يسقط بالشبهة وهذا كقولهم: لو أقر المقذوف بالزنى مرة سقط الحد عن القاذف ولم يحد المقذوف لعدم التكرار[٢].

واعلم أنه إذا شهد على زوجته من ثلاثة[٣] لم يثبت الزنى[٤] خلافًا لهم[٥].

والمعتمد أنه شهد بالجناية[٦] على محل حقه فلا يقبل كما إذا شهد على زنى أمته المطاوعة ونسلم سقوط المهر كيلا يتضمن جلد منفعة، فإن منعوا الأصل فرضنا فيه وقسناه[٧] على ما إذا شهد على قطاع الطريق بقتل عبده مع العفو عن الدية والقصاص.

والحرف أن الشهادة أن يشهد[٨] الغير على الغير، فإذا شهد لنفسه جاز[٩]

= واسم أمه سحماء، له ذكر في حديث ابن عباس أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء، كان شريك أحد الأمراء بالشام في خلافة أبي بكر، وبعثه عمر رسولاً إلى عمرو بن العاص حين أذن له أن يتوجه إلى فتح مصر. قيل: أنه شهد مع أبيه أحداً.

(انظر: الإصابة ٢/ ١٥٠، والاستيعاب ٢/ ١٥٠).

(١) في أ: السمحاء.

(٢) التكرار: مكررة في ب.

(٣) في ب وجـ: ثلاث.

(٤) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٧١، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٦٣، ونهاية المحتاج ٧/ ٤٣٧.

(٥) المبسوط ٧/ ٥٤، ٧/ ٤٠، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٦٣، ورءوس المسائل ص ٤٣٧.

(٦) في ب: بالخيانة.

(٧) في ب: قسنا.

(٨) في ب وجـ: شهد.

(٩) في ب وجـ: كان.

دعوى حقيقة شهادة[1] لفظًا ولا يمكن إنجاز[2] قيام حقه بالمحل فعندهم مورد العقل[3] الذات.

* * *

(١) شهادة: في أ مطموسة.
(٢) في ب وجـ: إنكار.
(٣) في ب: مورد العقد.

* * *

مسائل اللعان

المسألة السادسة والسبعون بعد المائتين: رعو[١] .

ما يوجب قذف الزوجة .

المذهب: الحد، واللعان دافع له[٢] .

عندهم: اللعان حسب، فإن امتنع حبس حتى يلاعن[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ**[٤] **ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ** ﴾[٤]، فعموم[٥] الآية يتناول الزوج، نعم دخلها التخصيص فاستثني[٦] عنها الزوج القاذف إذا لاعن فبقي الممتنع عن اللعان تحت العموم.

لهم:

قوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ**[٧] **بِاللَّهِ** ﴾ فبين حال الأزواج وذكر ما عليهم بفاء[٨] التعقيب، وبهذا خرجوا عن عموم الآية الأولى فوزان قوله تعالى في

---

(١) في الرقم الخاص: سا = ٦١ .

(٢) التنبيه ص ١٨٨، وحلية العلماء ٧/ ٢٠٦ .

(٣) الهداية مع البناية ٤/ ٧٢٨-٧٣٣، والهداية ٢/ ٢٣-٢٤ .

(٤) في أ: والذين يرمون أزواجهم ولم وهو خطأ، والآية في سورة النور، آية: ٤ .

(٥) في ب: بعموم.

(٦) في أ: فاستبقى.

(٧) سورة النور، آية: ٦ .

(٨) في ب: بتا، وهو خطأ.

تلك: ﴿فاجلدوا﴾ قوله في هذه: ﴿فشهادة﴾.

الدليل من المعقول:

لنا:

قذف محصنة، وموجب قذف المحصنات الحد كما[١] قبل النكاح؛ لأنه لا تأثير للنكاح في إسقاط موجب الجنايات فسقط الحد في اللعان حيث أتى بحجة جعلت[٢] علمًا على صدقه فصار كالبينة.

لهم:

(اللعان عقوبة)[٣] لاحتمال الكذب المهلك، وهو كالحد للأجنبي، وله نكاية في النفس، وتأثير في المروءة، ويثبت[٤] الحرمة، ولو كان حجة ما ثبتت هذه الأحكام؛ لأنه لا إشعار في اللعان[٥] بقطع النكاح وثبوت[٦] الحرمة.

مالك: ق[٧].

أحمد: إذا لم يلاعن حد[٨]، وإن لاعن لم يجب الحد على المرأة[٩] وفي

(١) كما: ساقطة من أ.
(٢) في أ: فغلب.
(٣) ما بين القوسين غير واضح في أ.
(٤) في ب: ويثبت به.
(٥) في ب: يقطع.
(٦) في ب: وثبؤت.
(٧) الإشراف ٢/ ١٥٧.
(٨) المغني ٧/ ٣٩٣.
(٩) شرح منتهى الإرادات ٣/ ٢١٠.

حبسها روايتان[١] .

التكملة :

سياق الآية حجة[٢] عليهم، فإنه ذكر الزوج ورميه وعدم الشهود، ثم ذكر اللعان وشرعه في حق الزوج بدلاً عن الشهود، لا موجبًا للرمي بفاء[٣] البدلية لقوله تعالى: ﴿ **فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ** ﴾[٤] ﴿ **فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا** ﴾[٥]. وما تخيلوه من المشقة في اللعان فذلك من جبن النفوس، ومثله تغليظ الأيمان في مجلس الحكم، فإن اليمين شرعت حجة لا عقوبة وإن تضمنت كلفة فالعبرة[٦] بجهة[٧] المشروعية لا بما يلزم عنها، ويدل على نفي معنى العقوبة سبب نزول الآية لأن العجلاني لما قذف زوجته هم النبي بحده فنزلت فسر بها سرورًا شديدًا وعدها الصحابة في حقه نعمة، وأما الحرمة، فقد ثبتت في محل ليس فيه[٨] عقوبة كحرمة الرضاع، ولعل ذلك كرامة، فإن الصحبة بينهما بعد اللعان لا تلتئم[٩] ، ثم عندهم لو أكذب نفسه بعد اللعان جاز له نكاحها، وبالجملة: الزوج معدول به قياس قذف الأجانب، فإنه يطلع من زوجته على أمر لا يفضى عليه وليس له شهود، فكان اللعان مخلصًا له، وعرض الزوجة مصون عن الزوج كما كان قبل

(١) المغني ٧/ ٤٤٦ .
(٢) حجة: ساقطة من ب.
(٣) في ب: بقا.
(٤) سورة البقرة، آية: ٢٨٢ .
(٥) سورة النساء، آية: ٤٣، وسورة المائدة، آية: ٦ .
(٦) في أ: كالعبرة.
(٧) في أ: لجهة.
(٨) في أ: السرقة.
(٩) في ب: يلتئم.

النكاح، وكما صينت نفسها[١] بالقصاص يصان عرضها بالحد.

* * *

(١) في أ: عرضها.

هوامش هذه المسألة:

الجلد: من وصول الضرب إلى الجلد[١].

التغليظ بالزمان: أن يكون بعد العصر[٢].

الابتهار: أن يقول فعلت ولم يفعل[٣] والابتيار: أن يفعل[٤]. شاهد ذلك قول الكميت[٥]:

قبيح بمثلي نعت الفتاة إما ابتهاراً وإما ابتيارا[٦]

الإمامية: من قذف زوجته وهي خرساء أو صماء فرق بينهما، وأقيم عليه الحد، ولم تحل له أبدًا، ولا لعان بينهما[٧]، ومن لاعن زوجته وجحد ولدها ثم عاد أقر بالولد حد حد المفتري ولم يرث هو الولد، وورث[٨] هذا الولد إخوته من أمه لا من أبيه[٩].

* * *

(١) الصحاح ٢/ ٤٥٨، مادة: «جلد»، وأنيس الفقهاء ص ١٧٥.

(٢) المهذب للشيرازي مع تكملة المجموع ١٦/ ٣٢٢، والوجيز ٢/ ٩١.

(٣) المجمل في اللغة ١/ ١٣٧، قال: والابتهار: ادعاء الشيء كذبًا، والصحاح ٢/ ٥٩٩، مادة «بهر»، والزاهر ص ٤٢٥.

(٤) غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام ٣/ ٢٨٩، والزاهر ص ٤٢٥.

(٥) الكميت بن زيد بن خنيس الأسدي، أبو المستهل، شاعر الهاشميين، من أهل الكوفة، اشتهر في العصر الأموي، وكان عالمًا بآداب العرب ولغاتها وأخبارها وأنسابها، ثقة في علمه، منحاز إلى بني هاشم، كثير المدح لهم، متعصبًا للمضرية على القحطانية، وهو من أصحاب الملحمات، أشهر شعره: «الهاشميات» ترجمت إلى الألمانية، قال عنه أبو عبيد: لو لم يكن لبني أسد منقبة غير الكميت لكفاهم. ولد سنة ٦٠ هـ، وتوفي سنة ١٢٦ هـ. انظر الأعلام ٥/ ٢٣٣.

(٦) البيت في مجمل اللغة ١/ ١٣٧، ونسبه للكميت، وغريب الحديث لأبي عبيد ٣/ ٢٨٩، والزاهر ص ٤٢٥.

(٧) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٣/ ٩٧، والمختصر النافع ص ٢٣٥.

(٨) في أ: ورثت.

(٩) المختصر النافع ص ٢٣٦.

المسألة السابعة والسبعون بعد المائتين: رعز[١] .

العبد المحدود والذمي .

المذهب: من أهل اللعان[٢] .

عندهم: تعتبر الحرية والإسلام والعدالة[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

الدليل على شائبة اليمين قول النبي عليه السلام للعجلاني[٤] : «**قم فاحلف**»[٥] ، وقوله بعد لعان المرأة: «**لولا اللعان كان لي ولها شأن**»[٦] ، فكل زوج رام لا شهود له متناول باللفظ .

لهم:

قوله تعالى: ﴿**وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ**﴾[٧]، والمستثنى يجب

---

(١) الرقم الخاص: سب = ٦٢ .
(٢) الوجيز ٢/ ٨٨، وحلية العلماء ٧/ ٢٢٦، والأم ٥/ ٢٨٦ .
(٣) الكتاب مع اللباب ٢/ ٢٥٦، والهداية مع البناية ٤/ ٧٣٤، ورءوس المسائل ص٤٣٢ .
(٤) في أ: لعجلان .
(٥) لم أعثر عليه بهذا اللفظ، وفي البخاري ما نصه: عن عبد الله أن رجلاً من الأنصار قذف امرأته فأحلفهما النبي ﷺ ثم فرق بينهما، فتح الباري ٩/ ٤٤٤ .
(٦) أحمد وأبو داود من حديث ابن عباس بلفظ: «**لولا الأيمان لكان لي ولها شأن**» كما في تلخيص الحبير ٣/ ٢٢٧، وأحمد في مسنده ١/ ٢٣٩، والهداية في تخريج أحاديث البداية للغماري ٧/ ١٣١، وقال: إن أصله في صحيح البخاري، والبخاري بشرح ابن حجر ٨/ ٤٤٩ .
(٧) سورة النور، آية: ٦ .

أن يكون من[1] جنس المستثنى منه، هذا يدل على أن اللعان شهادة، فيجب أن يأتي بلفظ الشهادة.

الدليل من المعقول:

لنا:

من صح طلاقه أو يمينه أو إيلاؤه صح لعانه كالمسلم الحر، والمعنى الداعي إلى شرع اللعان لما استوى فيه كل زوج أعمى أو بصير، عدل أو فاسق استوى فيه الحر والعبد والكافر والمسلم، لأن المعنى يعم الجميع فيجب تعميم[2] الحكم تمهيداً لهذه القاعدة وقطعًا للنظر المفضي إلى الأيمان والشهادات، واللعان أصل قائم بنفسه.

لهم:

اللعان شهادة، وهؤلاء ليسوا من أهل الشهادة.

مالك: ق[3].

أحمد: روايتان[4].

التكملة:

الإنصاف أن في اللعان شائبتين: يمين وشهادة فلكونه، تصديق المرء نفسه بقوله المؤكد[5] باسم الله تعالى هو يمين؛ لأن هذا حد الأيمان، وأنه

(١) يجب أن يكون من جنس: ساقط من أ.

(٢) في ب: تفهيم.

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٥٨، والقوانين الفقهية ص ١٦١، وبداية المجتهد مع الهداية ٧/ ١٢٦.

(٤) المغني لابن قدامة ٧/ ٣٩٣.

(٥) في ب: المرء كد.

يتكرر من شخص واحد، ثم لا يمكن تمحيص[١] شائبة اليمين، فإنه يخالف قياس الأيمان إجماعًا حيث هو يمين المدعي لإثبات ما يدعيه ابتداءً، وإنه لو امتنع عن اللعان فله أن يعود إليه، وحق اليمين يبطل بالنكول ويخالف قياس الشهادات، فإنه[٢] شهادة المرء لنفسه في محل عرضه[٣] وذلك غير مشروع، وشهادة الأعمى في المحسوس لا تقبل[٤] وشهادة الفاسق في الحدود لا تقبل[٥] وشهادة الواحد لا يحكم بها واللعان[٦] قول الواحد لنفسه، وإن كان أعمى فاسقًا، ثم لا نسلم أن العبد ليس من أهل الشهادة، فإن الأهلية بصفات تؤثر في[٧] تحقيق التصرف على وجه يتوفر عليه مقصوده، وذلك بالعقل الذي هو آلة الضبط والفهم والحفظ، وبالعدالة التي تؤمن غائلة الكذب، وما عداها صفات معتبرة للقبول إما تعبدًا كالحرية أو لمعنى كالبصر والإسلام، والأهلية اصطلاح فقهي والآية جعلت كل زوج رام أهلاً للشهادة التي هي اللعان، واللعان رأس بنفسه[٨] منقطع عن الشهادات والأيمان.

* * *

(١) في ب: تمحيض.
(٢) في ب: فإن.
(٣) في أ: غرضه.
(٤) في ب: يقبل.
(٥) في ب: يقبل.
(٦) في ب: اللعان.
(٧) في: ساقطة من أ.
(٨) في ب: بمفرده.

* * *

المسألة الثامنة والسبعون بعد المائتين: (رعح)[١]:

إذا أقر بوطء أمته وأتت بولد يمكن إسناده إليه لحقه.

المذهب: يلحقه إن لم يدع العزل أو الاستبراء[٢].

عندهم: ف[٣].

الدليل من المنقول:

لنا:

ما نقل في وليدة زمعة[٤] وقول النبي عليه السلام: «**الولد للفراش**»[٥]، وهو صورة النزاع، فأبو[٦] حنيفة لما بلغه مطلق الخبر حمله[٧] على المنكوحة والشافعي لما عرف السبب أثبت فراش الأمة.

---

(١) في الرقم الخاص: سج =.

(٢) تكملة المجموع ١٦/ ٢٣٨، والإفصاح ٢/ ١٧٢، وحلية العلماء ٧/ ٢٢٤.

(٣) الإشراف ٢/ ١٦٤، والإفصاح ٢/ ١٧٢، ونيل الأوطار ٧/ ٧٧، وعزاه لأبي حنيفة.

(٤) هو زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبد ود بن نصر بن مالك بن حسل بن عامر بن لؤى بن غالب أبو أم المؤمنين سودة بنت زمعة. انظر: السيرة النبوية مع الروض الأنف ٤/ ٢٥٤، والمحبر ص ٧٩.

(٥) البخاري في صحيحه في الوصايا: باب قول الموصي لوصيه: تعاهد ولدي وما يجوز للوصي من الدعوى ٣/ ١٨٧، ومسلم في صحيحه في الرضاع: باب الولد للفراش، وتوقي الشبهات ٢/ ١٠٨٠. والعاهر: الزاني، وعهرت: زنت، ومعنى له الحجر: له الخيبة ولا حق له في الولد. كما في التعليق على مسلم ٢/ ١٠٨٠.

(٦) في ب: وأبو.

(٧) في أ: دل.

لهم: . . .[١] .

الدليل من المعقول:

لنا:

الوطء سبب ظاهر للعلوق كالجرح للزهوق، ثم لو أقر بالجرح أضيف الزهوق إليه، وإن أمكن أن يكون الزهوق بسبب آخر[٢]، كذلك هاهنا، ويتأيد بالوطء بشبهة ولا تأثير للظن بعد زواله.

لهم:

الإقرار بالوطء يكون إقرارا بالولد لو كان الوطء سبب الولد، وليس كذلك، فإنه إيلاج أثره الإنزال، والعلوق أمر زائد، وإنما لحق بالفراش وليست فراشًا، فإنه يحتمل أن يكون شراها للتجارة[٣] فوطء الأمة لا يتعين لاتخاذها فراشًا فقد يقصد قضاء الشهوة مع بقاء المالية.

مالك[٤] :

أحمد[٥] :

---

(١) بياض في ب، وبخط مغاير في أ، ونصه: «أما الأمة، فإنها تصير فراشًا بالوطء، فإذا أقر السيد بوطئها فما أتت به من ولد لحق سيدها عند الثلاثة، وأما أبو حنيفة، فإنه قال: لا يلحقه إلا ما أقر به والله سبحان أعلم»[١] .

(٢) في أ: قر.

(٣) في ب: التجارة.

(٤) الإشراف ٢/ ١٦٤، ونصه: «الأمة تصير فراشًا بالوطء وبإقراره بالوطء، فإذا أتت بولد لستة أشهر من يوم وطئها أو أقر بوطئها ثبت نسبه منه إلا أن ينفيه فيدعي الاستبراء».

(٥) هداية أبي الخطاب ٢/ ٥٨، ونصه: «وإذا اعترف بوطء أمته لحقه ولدها، ولم ينتف عنه إلا أن يدعي الاستبراء».

---

(١) الإفصاح ٢/ ١٧٣.

التكملة :

الوطء سبب للولد[١] بمدلول[٢] العرف والعقل والشرع «**تناكحوا تكثروا**»[٣]، ولما وطئها ولم يعزل ولم يستبرئ[٤] ، فقد جعلها فراشًا لأن بالعزل[٥] يعرف صرف فعل الوطء عن جهة الاستيلاد، وبالاستبراء يعرف أنه ندم على الوطء وردها إلى جهة التجارة، وذلك كمن يحرث أرضًا (بعد[٦] أن) اتخذها مزرعة فلو لم ينثر البذر فيها لم يتم فعله، وإن نثر البذر ثم هجرها، ولم يسقها يقال: ندم على فعله، ومتى انتفت هذه العوارض كان الفعل بنفسه اتخاذ مزرعة، كذلك هاهنا، فإن[٧] فرقوا بين الفراشين بجواز[٨] العزل منعناه فيهما أو[٩] جوزناه فيهما على الصحيح، فإنه لا فرق بين الامتناع من أصل الوطء أو الامتناع من إرسال الماء، وإن[١٠] فرقوا

(١) في أ: الولد.

(٢) في ب: مدلول.

(٣) ذكره في التلخيص الحبير ٣/ ١١٦، بلفظ: «**حجوا تستغنوا، وسافروا تصحوا، وتناكحوا تكثروا، فإني أباهي بكم الأمم**»، وقال: المحمدان ضعيفان؛ يعني: محمد بن الحارث ومحمد بن عبد الرحمن البيلماني، وقال: ذكر البيهقي عن الشافعي أنه ذكر بلاغًا وزاد في آخره حتى بالسقط، والذي في مسند الفردوس ٢/ ١٣٠: «**حجوا تستغنوا وسافروا تصحوا، فإني مباه بكم الأمم**»، ومثله عند عبد الرزاق في مصنفه ٥/ ١١.

(٤) في ب وأ: يستبر.

(٥) في ب: العزل.

(٦) في ب: فقد.

(٧) في ب: وإن.

(٨) في أ: لجواز.

(٩) في ب: وجوزناه.

(١٠) في ب: والامتناع.

بامتناع اللعان في الأمة منعناه على[1] رأي، وإن سلمنا فالعذر استغناؤه بدعوى العزل والاستبراء عن اللعان، وإن فرقوا بأن المستولدة عند العتق تعتد بثلاثة أقراء لزوال الفراش والأمة الموطؤة بقرء[2] ومنعناه في المستولدة واكتفينا في الموضعين بقرء[3] وهو دليل براءة الرحم إلا في النكاح تعبداً[4] وامتناع بيع المستولدة لحرمة الولد ولا ولد هاهنا.

* * *

---

(١) في ب: فإن.

(٢) على رأي: ساقطة من أ.

(٣) في أ: بقرو.

(٤) في أ: بعيداً.

* * *

من مسائل اللعان وأول[(١)] مسائل العدة

المسألة التاسعة والسبعون بعد المائتين: رعط[(٢)].

النكاح الذي لم يتصل به إمكان الوطء.

المذهب: لا يثبت فراش[(٣)] النسب[(٤)].

عندهم: ف[(٥)].

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿**وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا**﴾[(٦)]، وقال: ﴿**وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا**﴾[(٧)] الآية، وجه الدليل إخباره أن خلق البشر من الماء لكن أقمنا الفراش[(٨)] مقام الوطء المفضي إليه لاشتماله عليه فإذا انتفى يقينًا لم يبق ما كان وسيلة إليه.

لهم:

قال النبي عليه السلام: «**الولد للفراش**»[(٩)].

---

(١) هذا العنوان من ب لوحة ١٠٩.

(٢) في ب والرقم الخاص: سد = ٦٤.

(٣) في أ: يثبت لافتراش.

(٤) الوجيز ٢/ ٨٧.

(٥) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٦٥، وعزاه لأبي حنيفة.

(٦) سورة الفرقان، آية: ٥٤.

(٧) سورة النساء، آية: ١.

(٨) في أ: الفراس.

(٩) تقدم تخريجه في المسألة ٢٧٨.

الدليل من المعقول:

لنا:

لم يوجد ما يقتضي ثبوت النسب فلا يثبت؛ لأن السبب الوطء بصفة مخصوصة، ولم يوجد، لأن أصل ثبوت النسب البعضية رأفة بالولد وليكون ذخرًا لوالده، فإذا تحقق انتفاء البعضية لم يكن بينهما تراحم.

لهم:

قياس السبب يوجب ثبوت الحكم؛ لأن المعنى الخفي لا يمكن أن يكون مناط الحكم فانقطع النظر عنه وتعلق الحكم بالسبب المنصوب شرعًا، ونظيره السفر مع المشقة ولو اشترى بكرًا أو مس امرأة يتيقن انتفاء الشغل ووجب الاستبراء مع ذلك.

مالك[1]:

أحمد[2]:

التكملة:

الخبر ورد في واقعة معينة وهي وليدة زمعة، والمراد بالولد المذكور ذلك المعين[3] والألف واللام هاهنا لتعريف المعهود، وتلحق به كل صورة كانت في معناه، وكان إمكان الوطء قائمًا بها، ويجوز أن يثبت الحكم عند السبب من غير تعيين العلوق منه، أما أن يثبت مع تعيين الانتفاء فلا وهذا كالجرح يثبت الزهوق مع إمكان أن يكون الموت بغيره فلو تعقبه حز[4] الرقبة انقطع

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٦٥، وقال: لم يلحق به.
(٢) هداية أبي الخطاب ٢/ ٥٧-٥٨، وقال: لم يلحق به نسبه.
(٣) في ب وجـ: المعنى.
(٤) في ب: حر.

أثر الجرح وأضيف الزهوق إلى (حز الرقبة)[١] ، وأما المشقة فالسفر لا ينفك عنها إذا قايست حال كل مسافر إلى إقامته ، وكذلك تجدد الملك لا يخلو[٢] عن احتمال الشغل ، فإن البكر يمكن علوقها وعود الجلدة والإمكانات كبيرة ، فإن قالوا : المشرقي[٣] يمكن أن يصل[٤] إلى المغربية بضرب من الكرامات أو السحر ، قلنا : الأمور الشرعية لا يجوز تعليقها على[٥] هذه الاحتمالات .

* * *

(١) من ب سقط : حز الرقبة .
(٢) في ب وجـ : يخلوا .
(٣) في أ : السرفي .
(٤) في أ : تصل .
(٥) في ب وجـ : على مثل هذه الاحتمالات .

* * *

المسألة الثمانون بعد المائتين : (رف)[١] :

هل يورث حد القذف[٢] ؟ وهل يسقط بعفو المقذوف[٣] ؟ .

المذهب : نعم[٤] .

عندهم : لا[٥] .

الدليل من المنقول :

لنا : . . .[٦] .

لهم :

---

(١) في ب والرقم الخاص : سه = ٦٥ .

(٢) في ب : المقذوف .

(٣) في ب : المصروف .

(٤) الوجيز ٢/ ٨٦، وروضة الطالبين ٨/ ٣٢٥ .

(٥) النتف في الفتاوى ١/ ٤٤٨ـ٤٤٩ ، والبناية مع الهداية ٥/ ٤٩١ ، وتحفة الفقهاء ٣/ ١٤٦ .

(٦) بياض في ب وبخط مغاير في أ، ونصه : «عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : «**من قذف مملوكه يقام عليه**[١] **الحد يوم القيامة إلا أن يكون كما قال**» متفق عليه[٢] .

---

(١) عليه : مكررة في أ .

(٢) البخاري في صحيحه في الحدود : باب قذف العبيد ٨/ ٣٤، بلفظ : «**من قذف مملوكه، وهو بريء مما قال جلد يوم القيامة إلا أن يكون كما قال**» .

ومسلم في صحيحه في الأيمان : باب التغليظ على من قذف مملوكه بالزنى ٣/ ١٢٨٢ عن أبي هريرة .

وأبو داود في سننه في الأدب : باب في حق المملوك ٥/ ٣٦٣ .

والترمذي في جامعه في البر : باب النهي عن ضرب الخدم ٤/ ٣٣٥، وقال : حديث حسن صحيح .

قال الله تعالى[١] : ﴿ إِنَّ[٢] الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا ﴾[٣] يدل على أنه لحق الله[٤] .

الدليل من المعقول :

لنا :

لو أقر بالقذف ثم رجع لم يسقط ، ولو كان المغلب حق الله لسقط ولو تساويا فكذلك[٥] درأ للحد بالشبهات ، فلما لم يسقط دل على أن الشرع رعى[٦] فيه حق الآدمي هذا في صورة العفو ، ويقال في الإرث : كان الحق ثابتًا على وجه يستوفيه الإمام مع طلب المقذوف والحادث الموت ، ولا ينافي قيام الوارث مقام الموروث كما قام مقامه في دعوى السرقة .

لهم :

لو أباح المقذوف قذفه وجب الحد فإذا عفا[٧] كان أولى بألا يسقط ، لأن الإباحة تمنع انعقاد السبب والعفو إسقاط الواجب ، ولذلك لو استوفاه المقذوف لم يبرأ جانب القاذف ، ثم شرط الإقامة طلبه وقد تعذر[٨] بالموت ، وإنما توقف على طلب المقذوف ؛ لأن قعوده عنه (لا يورث[٩] تهمة

---

(١) في ب : قوله تعالى .
(٢) إن : ساقطة من أ ، وهو خطأ ، وكذا من جـ .
(٣) سورة النور ، آية : ١٩ .
(٤) في ب وجـ : لحق الله تعالى .
(٥) في ب وجـ : فلذلك .
(٦) في ب وأ وجـ : رعا .
(٧) في ب وأ : عفى .
(٨) في ب : يقدر .
(٩) ما بين القوسين في أ : «يورث تهمة لا إزالة» .

لأن له حقًا).

مالك[١] :

أحمد : ق[٢] .

التكملة :

يدل على أن الحد لحق العبد أن عرضه مصون له، والقذف جناية[٣] عليه، فإلحاق العار به[٤] مع ما فيه من التشفي فصار كالقصاص الواجب بقتله[٥] وكذا لا يسقط بتقادم العهد، ويدل على أنه لحق الله كونه إشاعة فاحشة إما بهتانًا عليه أو لغير قصد إقامة الحسبة، فإذًا الشهادة والعرض معصوم لله وللعبد، ثم نعتذر بتشطره في حق العبد أن التأثر برمي حر أكثر من التأثر[٦] برمي عبد، ويمتنع استيفاء الحد إذا أباح المقذوف قذف نفسه، وكذلك نقول: لو استوفاه وقع[٧] موقعه.

واعلم أن في الحقوق ما يمحض حقًا لله تعالى كالرمي، وما يمحض حقًا للآدمي كالبعضية، وما فيه الشائبتان معًا كالقتل حق الله تعالى فيه يوجب الكفارة وحق الآدمي القصاص أو[٨] الدية، وكذلك حد السرقة الغرم[٩]

---

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٢٦، ونصه أنه يورث عن المقذوف.

(٢) المغني ٧/ ٤٠٧، ومفهومه أنه يورث بعد المطالبة، أما إذا مات قبلها فلا يورث.

(٣) في ب : خيانة.

(٤) في ب وأ: العارية معما.

(٥) في ب : مثله.

(٦) في ب : التاير يرمى.

(٧) في ب : ومع.

(٨) في أ: والدية.

(٩) في ب : المغرم.

للآدمي والقطع حق الله تعالى، والقذف من هذا القبيل، وحق الآدمي فيه أظهر؛ لأنه لا يستوفى إلا بطلبه، ولا يستوفيه الحاكم بعلمه، ولا بكتاب قاض ولا بشهادة على شهادة.

* * *

لوحة ٦٨ من المخطوطة أ:

إذا كانت المطلقة من ذوات الأقراء، فإن طلقها طاهراً[١] فأقل ما تنقضي به[٢] العدة[٣] لب[٤] يومًا، ولحظة واحدة، ولابد من لحظة أخرى لتصدق، وإن لم تكن هذه اللحظة من العدة، وذلك[٥] أنه يحتمل أن يكون طلقها في اللحظة الأخيرة من الطهر ثم تحيض يومًا وليلة وتطهر، يه[٦] فإذا انقضى الطهر انقضت العدة، لأن اللحظة الأولة[٧] قرء والطهران الآخران قرآن إلا أنها لم تعلم[٨] إلا بمضي لحظة أخرى من الحيض بعد الطهر[٩]، وإن كانت أمة فبمضي يو يومًا[١٠] ولحظتين، وإن طلقها حائضًا قبل قولها بعد مز يومًا[١١]،

---

(١) في ب: ظاهراً.

(٢) «به»: ساقطة من أ.

(٣) العدة هي: الإحصاء لغة، يقال: عددت الشيء أي أحصيته، وشرعًا: تربص أي انتظار ووقف يلزم المرأة مدة معلومة، كما في أنيس الفقهاء للقونوي ص ١٦٧، تحقيق أحمد الكبيسي.
وقال في شرح روض الطالب ٣/ ٣٨٩: العدد: جمع عدة مأخوذة من العدد لاشتمالها عليه غالبًا، وهي مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوج، والغرض منها: صيانة الأنساب وتحصينها من الاختلاط.

(٤) يعني ٣٢ يومًا.

(٥) في أ: ووذلك.

(٦) يعني ١٥ يومًا، وفي ب: خمسة عشر يومًا.

(٧) في أ: قرؤ.

(٨) في ب: يعلم.

(٩) المهذب مع تكملة المطيعي على المجموع ١٦/ ٤٢٦-٤٢٧، والتكملة ١٦/ ٤٢٩، ١٦/ ٤٣١.

(١٠) يعني ١٦ يومًا.

(١١) يعني ٤٧ يومًا.

ولحظتين، وهو أنه يحتمل أن يكون في اللحظة الأخيرة من الحيض ثم تطهر يه[١] يومًا ثم تحيض يومًا وليلة، ثم تطهر[٢] أيضًا يه[١] يومًا[٣] ثم ترى الدم لحظة واحدة، وإن كانت أمة فبمضي لا[٤] يومًا ولحظتين، وإن كانت حائلاً فبأن يمضي بعد العقد، وإمكان الوطء ف[٥] يومًا، لأن الولد لا يتبين فيه الخلق إلا في ف[٥] يومًا. واعلم أن العدد بالأقراء ويجب على من تحيض[٦] إذا فارقت زوجها بعد الدخول أو وطئت بشبهة ويوضع الحمل يكون ممن لحقه الحمل وإن نفاه سواء فارقها حيًا أو ميتًا والعدة بالشهور على ضربين: عدة الوفاة أربعة أشهر وعشر تجب على من توفي عنها زوجها وهي حائل سواء كانت من ذوات الأقراء أو لم تكن، وسواء دخل بها الزوج أو لم يدخل[٧]، والثانية ثلاثة أشهر وهي عدة الصغيرة والآيسة إذا وطئها الزوج أو الأجنبي بشبهة[٧] وإذا قال: إذا ولدت فأنت طالق فولدت ومضى مز[٨] يومًا ولحظة وأخبرت بانقضاء عدتها قبل لأنه يحتمل أن تلد ولا ترى الدم وتطهر يه[٩] يومًا ثم تحيض يومًا وليلة ثم تطهر يه[٩] يومًا ثم ترى الدم لحظة[١٠].

---

(١) يعني ١٥ يومًا وفي ب: خمسة عشر يومًا.

(٢) في أ: تظهر.

(٣) التكملة على المجموع ١٦/ ٤٣١.

(٤) يعني ٣١ يومًا.

(٥) يعني ٨٠ يومًا.

(٦) في ب: يحيض.

(٧) التنبيه ص ٢٠٠، ومنهاج الطالبين مع المغني ٣/ ٣٩٥.

(٨) يعني ٤٧ يومًا.

(٩) في ب: نه وهو خطأ.

(١٠) تكملة المجموع ١٦/ ٤٣٢.

وإذا اشترى جارية فلا يجوز له وطؤها حتى يستبرئها[١]، ولو أعتقها وأراد أن يتزوجها خلافًا لهم[٢]، ووقعت للرشيد فأفتاه أبو يوسف أن يعتقها ويتزوجها، واعلم أن العدة بالأطهار عندنا[٣]، وعندهم بالحيض[٤]، وحجتنا أن المشروع هو الطلاق السني لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٥] أي في زمان إمكان عدتهن فوجب أن يكون الزمان عقب الطلاق محسوبًا من العدة[٦]، وإلغاء بقية الطهر والاحتساب من الحيض يطول العدة عليها ويضرّ بها، وكذلك الاستبراء، فإن الشراء لا يختص بحالة الطهر حتى يلزم الاحتساب بعده فنظرنا إلى مقصود البراءة وحصولها بالحيض ثم المقصود البراءة لحل الوطء، فيجب أن يشرع على جهة يفضي آخرها إلى الوطء، وفي الطلاق المقصود النكاح ويجوز أن يقع في زمن الحيض يدل عليه قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ﴾[٧] أي: يكففن أنفسهن عن الوطء فليختص ذلك بزمان إمكان حل الوطء وهو الطهر ووطء الحائض ممنوع في غير زمان التربص، فإن قالوا: يفضي قولكم إلى أن تكون العدة ثلاثة أقراء إلا زمان الطهر، قلنا: ورأيكم يفضي إلى ثلاثة أقراء وزمان الطهر.

---

(١) التنبيه ص ٢٠٠، وروضة الطالبين ٨/ ٤٢٧. والاستبراء بالمد: طلب براءة الرحم، كما في تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢٨٧.

(٢) المغني ٧/ ٥٠٧، وعزاه لأصحاب الرأي، وانظر: فتوى أبي يوسف للرشيد في نفس الجزء والصفحة.

(٣) المهذب مع تكملة المجموع ١٦/ ٤٢٠، والوجيز ٢/ ٩٣، ومنهاج الطالبين مع المغني ٣/ ٣٨٥.

(٤) الهداية مع البناية ٤/ ٧٧٠، والاختيار ٣/ ١٧٤، واللباب ٢/ ٢٦١.

(٥) سورة الطلاق، آية: ١.

(٦) في أ: وكيف مضروب عليها وفي ب: كيف.

(٧) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.

المسألة الحادية والثمانون بعد المائتين: رفا[١].

عدة الزوج هل تنقضي بوضع حمل من غيره؟.

المذهب: (لا، ويستوي فيه الزنى والشبهة وعدتا الوفاة والطلاق)[٢].

عندهم: ف[٣].

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** ﴾[٤] وقوله: ﴿ **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** ﴾[٥] وتحمل الحامل من الزوج على الاستثناء من العموم بدليل فتبقى الحامل من غيره تحت العموم.

لهم[٦]:

قوله تعالى: ﴿ **وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾[٧] وقول النبي عليه السلام في امرأة أنكحت على قرب وفاة الزوج: «لو وضعت

---

(١) في ب والرقم الخاص في أ: سو.

(٢) بياض في ب، وانظر المسألة في الوجيز ٢/ ٩٥، ومنهاج الطالبين مع المغني ٣/ ٣٨٨، وشرح روض الطالب ٣/ ٣٩٢.

(٣) الهداية مع البناية ٤/ ٧٧٧، والاختيار مع المختار ٣/ ١٧٢، واللباب في شرح الكتاب ٢/ ٢٦١-٢٦٢، ٢٦٤.

(٤) سورة البقرة، آية: ٢٣٤.

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.

(٦) بياض في ب وجـ، وفي: أ ما سجلته في مكانه وخطه غير مغاير.

(٧) سورة الطلاق، آية: ٤.

والزوج على السرير[١] **حلت**»[٢]، فصار الوضع نوع عدة كالأقراء[٣] وليس أحدهما بدلاً عن الآخر وهذا[٤] لا ينتقل إلى الحمل الطارئ في العدة.

الدليل من المعقول:

لنا:

الحامل من الزوج الأول قاضية حق الزوج بحضانة[٥] الجنين وحفظه، وتمكينها من الخروج والنكاح يبطل هذه المقاصد، فالعدة عبارة عن هذا الحق للزوج عليها وبقضائه[٦] انقضاءالعدة، وهذا المعنى معدوم في حمل الزنى بأنه غير محفوظ شرعًا فيبقى حق الزوج.

لهم: . . .[٧].

---

(١) في أ: السرر.

(٢) مالك والشافعي عنه عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل، فقال ابن عمر: إذا وضعت حملها فقد حلت، فأخبره رجل من الأنصار أن عمر بن الخطاب قال: لو ولدت وزوجها على السرير لم يدفن حلت، كما في التلخيص الحبير / ٢٣٦.
ومالك في موطئه في الطلاق: باب عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً ٢/ ٥٨٩ - ٥٩٠، وبدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن ٢/ ٤٠٢ - ٤٠٣.

(٣) في أ: والاقرا.

(٤) في أ: ولهذا.

(٥) في ب: لحضانة.

(٦) ب: ونقصانه.

(٧) في ب وجـ: وضع فيه ما قبله، أما في أ، ففيه بخط مغيار ما نصه: «هل العدة من حقوق الله تعالى أو من حقوق الآدميين؟ فهي لازمة على كل حال سواء كانت من حق الله تعالى أو من حق الآدمي»[١].

---

(١) الإشراف ٢/ ١٧١.

مالك[١] :

أحمد[٢] :

التكملة :

نمنع[٣] إلحاقهم الزنى بحمل الزوج بدليل الحمل الطارئ في العدة، فإنه لو كان من الزوج انتقلت إلى عدة الحمل وانقضت بوضعه، وإن كان من الزنى لا تنقضي العدة بوضعه، فإن قالوا: ما صرتم إليه يمنع شرع العدة في حق غير الحامل، قلنا: الحائل[٤] إن كانت غير[٥] ممسوسة فلا عدة، وإن مسها فهو سبب ظاهر في الحمل فتعتد له، فالعدة زمان ضرب لحفظ الولد إما علمًا أو ظنًا، وأما عدة الوفاة، فإن كانت موطوءة فنهج القول ما سبق، وإن كانت غير ممسوسة، فهو زمان حداد إظهاراً للتأسف.

وعدة الصبية[٦] والآيسة على خلاف القياسين حفظ الحمل وبراءة الرحم (فقد فقدا[٧] جميعًا فلا يرد نقضًا).

وجواب الآية أنها دليل على انقضاء[٨] أجل (الحمل لا غير فيتناول حد

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٦٧، ونصه: «الصبي الذي لا يجامع مثله إذا مات وامرأته حامل، فإنها تعتد بالشهور دون وضع الحمل».

(٢) هداية أبي الخطاب ٢/ ٦٠، ونصه: «ومن مات عنها زوجها وكانت حاملاً اعتدت بوضع الحمل إلا أن تكون بحيث لا يجوز أن يلحق به الحمل كالصبي»، والمغني ٧/ ٤٧٩.

(٣) في ب: يمنعهم.

(٤) في ب: الحامل.

(٥) من ب: سقطت: «غير».

(٦) الصبية: ساقطة من ب.

(٧) في أ: فقد اجتمعا فلا رد بقضا.

(٨) في جـ: انقضى.

حمل له أجل مضروب شرعًا وحمل الزنى ليس له أجل[١] تتناوله الآية، أما حمل الشبهة فينقضي أجله بوضعه ولا يلزم انقضاء[٢] حق) الزوج، والخبر ورد في واقعة عين فيلتحق بها ما كان في معناها، ولم يثبت أن ذلك الحمل كان[٣] من غير زوج ولو كان المقصود البراءة لحصل إذا كان حمل الزاني مستيقنًا فإنا نعلم يقينًا[٤] فراغها من ماء[٥] الزوج.

الثلاثة قروء عندنا أطهار وبه قال مالك[٦]، وعندهم حيض[٧].

---

(١) في أ: أجلاً يتناوله وهو لحن.

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب وجـ.

(٣) كان: مكررة في ب مرتين.

(٤) في ب: يقينا.

(٥) ماء: ساقطة من أ.

هوامش هذه المسألة:

القرء: الجمع[١]، ومنه: قرأت الماء في الحوض، وشاهده:

ذراعَا عيطل أدماء بكر ... هجان اللون لم تقرأ جنينا[٢]

فهو اجتماع الدم في الرحم، ووقته هو الطهر فآخر الطهر غاية الاجتماع ووقت الحيض سيلان ذلك المجتمع وفراغ الرحم.

(٦) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٦٦، والأم ٥/ ٢٠٩، والثمر الداني ص٣٩١.

(٧) تكملة المجموع ١٦/ ٤٢٣ـ٤٢٤، والاختيار ٣/ ١٧٤.

---

(١) الصحاح ١/ ٦٤ـ٦٥، مادة: «قرأ»، ولسان العرب ٣/ ٤٢، مادة: «قرأ»، وذكر عجز البيت، ولم ينسبه، وتكملة المطيعي للمجموع ١٦/ ٤٢٣.

(٢) البيت لعمرو بن كلثوم كما في الصحاح ٥/ ١٧٦٨، وتعليقه. مادة: «عطل»، والعيطل: من النساء الطويلة العنق، وكذلك من النوق والفرس.

والأدمة في الإبل: البياض الشديد كما في الصحاح ٥/ ١٨٥٩، مادة: «أدم».

والهجان من الإبل: البيض كما في الصحاح ٦/ ٢٢١٦، مادة: «هجن».

المعتدة: لا تخرج من دار الطلاق إلا بفاحشة[١]، وقيل: هي إيذاء الأحماء ببذاء اللسان[١].

قال الحسن البصري: الفاحشة: الزنى[٢].

الإمامية: الآية من النساء بالسن لا عدة عليها[٣][٤]، وعدة الحامل المطلقة[٥] أقرب الأجلين[٦] والمتوفى[٧] عنها زوجها أبعد الأجلين[٨].



(١) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٤/ ٣٧٨، ط ٣، دار الاستقامة بالقاهرة ١٣٧٣ هـ ـ ١٩٥٤م، وتكملة المجموع ١٧/ ٢٥، والأم ٥/ ٢٣٥ـ٢٣٦.

(٢) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٤/ ٣٧٨، وعزاه لكثيرين ليس منهم الحسن البصري، ط٣.

(٣) في أ: لها.

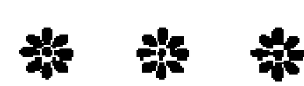
(٤) المختصر النافع ص ٢٢٤، وشرائع الإسلام ٣/ ٣٥، على الأشهر.

(٥) أقرب: ساقطة من أ.

(٦) المختصر النافع ص ٢٢٤، وشرائع الإسلام ٣/ ٣٧.

(٧) في أ: المتوفا.

(٨) المختصر النافع ٢/ ٢٢٥، وشرائع الإسلام ٣/ ٣٨.



المسألة الثانية والثمانون بعد المائتين : رفب[١] :

إذا أقرت بانقضاء عدتها ثم أتت بولد يحتمل أن يكون العلوق (به[٢] من النكاح).

المذهب : لحق النسب ما لم تنكح زوجًا يحتمل العلوق منه[٣] .

عندهم : لا يلحق النسب[٤] .

الدليل من المنقول :

لنا : . . .[٥] .

لهم :

قول النبي عليه السلام : «**الولد للفراش**»[٦] .

الدليل من المعقول :

لنا :

---

(١) في ب : سز وكذا الرقم الخاص في أ.

(٢) في ب : في النكاح.

(٣) الوجيز ٢/ ٩٦.

(٤) المختار مع الاختيار ٣/ ١٧٩، والهداية مع البناية ٤/ ٨٢٤، ورؤس المسائل ص ٤٤٠.

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه : «إذا انقضت عدتها ثم أتت بولد لستة[١] أشهر، قال أبو حنيفة وأحمد : لا يثبت نسبه، وقال مالك والشافعي : يثبت نسبه ما لم تتزوج أو يمضي[٢] عليها أربع سنين»[٣] .

(٦) تقدم تخريجه في المسألة ٢٧٨.

---

(١) في أ: لست.

(٢) الصواب: يمض، لعطفها على: «تتزوج»، وهو مجزوم بلم.

(٢) الإفصاح ٢/ ١٧٣.

وجد سبب ثبوت النسب فثبت دليل[١] وجود النسب[٢] توهم[٣] العلوق في النكاح فإنه لا يمكن اعتبار سبب سوى هذا لتعذر ظهور الوطء والماء فيبقى التوهم خاصة إحتياطًا في إثباته لحق الولد فصار كما قبل الإقرار.

لهم:

أتت بولد يمكن أن يكون العلوق به[٤] بوطء حادث بعد الإقرار فلا يثبت النسب من الأول كما لو تزوجته[٥]، وذلك؛ لأنها أمينة على العدد فإذا أمكن حمل قولها على الصدق حمل؛ لأن الأمين لا يكذب في خبره مع وجود محل[٦] الصدق.

مالك[٧]:

أحمد[٨]:

التكملة:

نبحث عن معنى الحديث؛ ومعناه: الولد لصاحب الفراش فإنه سيق[٩] لبيان نسبة الولد إلى أبيه، لأن نسب الأم ظاهر فتارة يعلق[١٠] الحكم على

---

(١) في ب: بدليل.
(٢) في أ: السبب.
(٣) في أ: قولهم للعلوق.
(٤) به: ساقطة من أ.
(٥) في أ: تزوجت.
(٦) في أ: محمل.
(٧) الإشراف ٢/ ١٦٢.
(٨)
(٩) في ب و أ: سبق.
(١٠) في ب: تعلق.

حقيقة الاستفراش كوطء الشبهة إجماعًا، والوطء في ملك اليمين عندنا، وتارة يعلق على النكاح الذي هو مظنة الاستفراش لعسر الإطلاع على حقيقة الوطء فمهما أمكن إلحاق الولد به لحق إلا إذا تعذر ذلك إما بانقضاء أقصى مدة الحمل أو بنكاح آخر ولا نظر[١] إلى انتفاء[٢] الفراش حالة الانفصال كما في وطء الشبهة وملك اليمين بل نراعيه[٣] حالة إمكان العلوق، يدل عليه إذا جاءت بولد في عدة البائنة[٤] بحيث يمكن استتار العلوق إلى النكاح إذ النسب يلحقه مع انتفاء الفراش بالطلاق الثلاث.

* * *

(١) في ب: ننظر.
(٢) في جـ: انتفى.
(٣) في ب: يراعيه.
(٤) في ب وجـ: الثانية.

* * *

المسألة الثالثة والثمانون بعد المائتين: رفج[١]:

العدتان من رجلين.

المذهب: لا تتداخلان[٢].

عندهم: ف[٣].

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿**يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ**﴾[٤]، وقوله[٥]: ﴿**فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا**﴾[٦] كل ذلك إشارة إلى طلب فعل منها وهو فعل الكف عن النكاح وأسبابه من الزينة والتبرج، ولا يخفى أداء[٧] حقين بأحدهما.

لهم:

قوله تعالى: ﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ**﴾[٨]، وقوله: ﴿**أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾[٩]، والأجل زمان تأخير الحكم بعد انعقاد السبب كذلك الطلاق

---

(١) في ب: سح وكذلك الرقم الخاص في أ.

(٢) في ب وجـ: يتداخلان، وانظر: روضة الطالبين ٨/ ٣٨٥، والأم ٥/ ٢٣٣.

(٣) الهداية مع البناية ٤/ ٧٨٨-٧٨٩، ورؤس المسائل ص ٤٤١، والمبسوط ٦/ ٤١.

(٤) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.

(٥) في ب وجـ: وقوله تعالى.

(٦) سورة الأحزاب، آية: ٤٩.

(٧) في ب: إذا.

(٨) سورة الطلاق، آية: ٢، وفي ب: خلط في الآيتين إذ فيها: فإذا بلغن أجلهن أن يضعن.

(٩) سورة الطلاق، آية: ٤.

يقتضي ردها إلى ما كانت عليه قبل النكاح منطلقة[١]، وتأخيره لتعرف[٢] براءة الرحم، فإذا انقضى أقصى الأجلين اندرج فيه أقربهما كآجال الديون.

الدليل من المعقول:

لنا:

إذًا فعلين[٣] في محل واحد في وقت واحد غير معقول كصومي ظهار ويمين، ولا فرق بين العدة والصوم في كونهما إمساكين وإن اختلفا في الممسك عنه وفي زمان الإمساك.

لهم:

المقصود تأخير النكاح إلى مضي الأجل، وترك أشياء متعددة في وقت واحد ممكن، فإن الجمع بين الصلاة والزنى في وقت واحد (محال وتركهما في وقت واحد)[٤] ممكن فصار كما لو حرم الجماع على المرأة بالصوم والإحرام والحيض، فإن الانتهاء عن الكل في (حالة واحدة)[٥] ممكن.

مالك[٦]:

أحمد[٧]:

---

(١) في ب: متطلقة.
(٢) في ب وجـ: ليعرف.
(٣) في أ: فعلتن ولعل الصواب فعلان، إلا رذا قدر مضاف مثل: «وجود فعلين».
(٤) ما بين القوسين ساقط من ب.
(٥) في ب وجـ: وقت واحد.
(٦) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٧١، وقال: فيه روايتان.
(٧) هداية أبي الخطاب ٢/ ٦١، ولفظه: «والعدتان من الرجلين لا تتداخلان بحال»، وقواعد ابن رجب ص ٣١٩.

التكملة:

مدار نظرنا على الجمع بين التعبد والبراءة والتربص والكف والانتهاء إلى مدة، والخصم يبني على إبطال الجميع وتجريد الترك المحض، فمسلكنا أولى في الاحتياط ونفرض[١] في الحائل المعتدة[٢] من الزوج ثم وطئت بشبهة، فنقول: حمل من غير الزوج فلا تنقضي[٣] به عدة الزوج كالحمل من الزنى إذا كان الحمل طارئًا وقد سلموه والأصل[٤] شاهد والمعنى مناسب وتسمية العدة[٥] أجلاً خطأ[٦]، فإن العدة اسم[٧] لجميع هذه المدة والأجل غاية كل مدة مقدرة ومنقطعها[٨] قال تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾[٩]، وقال: ﴿فَإِذَا جَاءَ أَجَلُهُمْ﴾[١٠] ثم المدة المضروبة تنقسم[١١] إلى ما شرعت لتأخير حق العقد لسبب كأجل الدين، وإلى مدة يوفى[١٢] فيها حق كالإجارة ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ مُوسَى الأَجَلَ﴾[١٣]، وما نحن فيه من هذا القبيل وما ذكروه من القبيل الأول، والدليل على أن البراءة ليست كل القصد أنه لو علق طلاقها

(١) في ب: ويفرض.
(٢) في ب: المعدة.
(٣) في ب: ينقضي.
(٤) في ب وجـ: فالأصل.
(٥) في ب: غير واضحة.
(٦) في أ: خلطا.
(٧) في أ: اسمًا لجميع وهو لحن، وفي ب وجـ: اسم جميع.
(٨) في أ: ومقطعها.
(٩) سورة الطلاق، آية: ٢.
(١٠) سورة فاطر، آية: ٤٥، وفي ب: أجلهن وهو خطأ.
(١١) في ب: ينقسم.
(١٢) في ب: توفى.
(١٣) سورة القصص، آية: ٢٩، وفي أ وب وجـ: ولما، وهو خطأ.

على براءة رحمها ووقع الطلاق اعتدت، وأما انقضاء العدة مع[1] الجنون والإغماء فتلك أحوال نادرة لا تنقص الأجل كما في الصوم، وأما تداخل عدتي شخص نمنع[2] ، وإن سلمنا ، فالمستحق واحد فصار كتعدد الوطيات منه، ومثال ذلك جراحتان من شخص واحد وجراحتان من شخصين[3] .

* * *

(١) في أ: تنع.
(٢) في ب: يمنع.
(٣) في ب : شخص.

* * *

المسألة الرابعة والثمانون بعد المائتين : رفد[١] :

إذا انعتقت أم الولد إما بعتق السيد أو بموته .

المذهب : تربصت قرءًا واحدًا[٢] .

عندهم : اعتدت ثلاثة أقراء[٣] .

الدليل من المنقول :

لنا : . . .[٤] .

لهم : . . .[٥] .

---

(١) في ب : سط وكذا في الرقم الخاص .
(٢) المنهاج وشرحه مغني المحتاج ٣/ ٤١٠ ، والأم ٥/ ٢١٨ .
(٣) الهداية مع البناية ٤/ ٧٨٤ ، ورءوس المسائل ص ٤٤٢ ، والمبسوط ٦/ ٥٤ .
(٤) بياض في ب وجـ ، وبخط مغاير في أ ، ونصه : «إذا انعتقت أم الولد إما بموت سيدها أو أعتقها ، فقال أبو حنيفة : عدتها ثلاث حيض في حال العتق والوفاة معًا ، وقال مالك والشافعي : عدتها حيضة في الحالين ، وعن أحمد روايتان : أحدهما كمذهب مالك والشافعي ، والأخرى عدتها من العتاق حيضة ومن الوفاة عدة الوفاة»[١] .
(٥) بياض في ب وجـ ، وبخط مغاير في أ ونصه : «أقل الحمل ستة أشهر بالاتفاق ، وأما أكثر الحمل ففيه خلاف ، قال أبو حنيفة : سنتان ، وعن مالك روايات : إحداها سبع سنين ، والأخرى أربع سنين والثالثة خمس سنين ، وقال الشافعي : أربع سنين ، وعن أحمد روايتان : أحدهما كمذهب أبي حنيفة والأخرى كمذهب الشافعي»[٢] .

---

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٧٧ .
(٢) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٧٧ .

الدليل من المعقول:

لنا:

تربص سببه[١] الوطء في ملك يمين فيقدر بقرء[٢] واحد كاستبراء الأمة المشتراة، وتحقيق وصف العلة المناسبة[٣]، لأن الوطء سبب شغل الرحم والحاجة ماسة إلى تعرف البراءة والمدة المضروبة صالحة للتعرف، والمعنى مناسب، والأصل شاهد، لا فرق إلا أن الاستبراء بعد سبب الحل وهو الشراء وفي الفرع بعد الحل[٤] وهو النكاح.

لهم:

العدة قضاء لحق الفراش باستيفاء أثره بعد زواله، والفراش هاهنا ثابت بدليل ثبوت النسب من غير استلحاق فوجب قضاء حقه بالثلاث ونقصان الفراش إن سلم فلا يزيد على عدمه ولو ظن أنها منكوحة اعتدت بثلاثة أقراء فالناقص أولى.

مالك[٥]:

أحمد[٦]:

التكملة:

قضاء حق الوارث غير معقول فلا نترك المعنى المختار[٧] من طلب

---

(١) في ب: بسبب.

(٢) في أ: بقرو.

(٣) في ب: بالنائب.

(٤) في ب وجـ: قبل الحد.

(٥) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٧٢، ونصه: أم الولد إذا توفي سيدها استبرأت بحيضة.

(٦) هداية أبي الخطاب ١/ ٢٤٦.

(٧) في أ: المخيل.

البراءة، بما لا يعقل كيف وإنما استقام لهم تلك الدعوى في النكاح بعد الوفاة فإنها وجبت من غير مسيس، وذلك منتف في محل النزاع، وعلى التسليم نقول: الفراش ناقص، بدليل أن الولد ينتفى منه بدعوى الاستبراء[1] لا باللعان والجبر بالحرية الطارية[2] بعد الفراش غير معقول؛ لأنه لا يلتقي الجابر بالمجبور، كيف والحرية تنافي فراش ملك اليمين فكيف تجبر نقصه.

* * *

(١) في ب : الاستهزا وفي جـ: الاستبرى.
(٢) في أ: الظاهرة.

هامش هذه المسألة:

الإحداد: ترك الطيب والزينة[1] .

* * *

(١) الزاهر ص ٣٤٧، والمطلع ص ٣٤٨، والمهذب مع تكملة المجموع الثانية ١٧/ ٢٧ .

المسألة الخامسة والثمانون بعد المائتين: رفه[١] .

المعتدة البائن الحائل .

المذهب: لا تستحق نفقة الحامل[٢] لكن تستحق السكنى[٣] .

عندهم: تستحق[٤] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن**[٥] **كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ**﴾[٦] فإطلاق المسكن[٧] (في جملة) المطلقات وتخصيص النفقة بأولات الحمل دليل التخصيص قالت فاطمة[٨] بنت قيس: طلقني زوجي ثلاثًا فقال النبي عليه السلام: «لا

---

(١) في ب والرقم الخاص في أ: ع، وفي ب: عنوان: «تتمة مسائل العدة وأول النفقات».

(٢) في أ: لا تستحق نفقة بل الحامل.

(٣) في ب: السكن، وانظر المسألة في الوجيز ٢/ ١١٣ .

(٤) اللباب في شرح الكتاب ٢/ ٢٧٤ .

(٥) في ب: فإن أولات حمل وهو خطأ.

(٦) سورة الطلاق، آية: ٦ .

(٧) في أ: من جميع.

(٨) فاطمة بنت قيس بن خالد الفهرية، أخت الضحاك، صحابية مشهورة وكانت من المهاجرات الأول، وكانت ذات جمال وعقل، وكانت عند أبي بكر المخزومي فطلقها فتزوجت بعده أسامة بن زيد، وفي بيتها اجتمع أهل الشورى لما قتل عمر، وأمها أمية بنت ربيعة بن كنانة.

(انظر: الإصابة في تمييز الصحابة ٤/ ٣٨٤، وأسد الغابة في معرفة الصحابة ٥/ ٥٢٦، وتقريب التهذيب ٢/ ٦٠٩، وأعلام النساء ٤/ ٩٢).

سكنى لك ولا نفقة»[١] والخبر صحيح[٢] .

لهم:

لما سمع عمر رضي الله عنه خبر فاطمة بنت قيس قال: كيف ندع كتاب ربنا بقول امرأة لعلها أنسيت[٣] أو شبه[٤] عليها[٥] ففهم عمر من كتاب الله تعالى إيجاب السكنى والنفقة وبمقتضى ذلك رد قولها.

الدليل من المعقول:

لنا:

ملك وجب بسبب الزوجية[٦] على وجه نفقة الزوجات فتسقط[٧] بانقطاع الزوجية، وقد انقطعت بالبتات من كل وجه وليس للزوج عليها ملك يد.

لهم:

محبوسة عن نكاحه فاستحقت النفقة كالرجعية؛ لأن العدة للنكاح بدليل عدة الوفاة حيث لا ماء ولا يد واليد قائمة بعد الطلاق، فوجبت النفقة لأن الحبس يوجب ذلك وصار كرزق[٨] الحاكم والمفتي لما عطلوا عن المكسب

---

(١) مسلم في صحيحه في كتاب الطلاق: باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها ٢/ ١١١٥.
(٢) والخبر صحيح في ب فقط.
(٣) في ب: نسيت.
(٤) في ب: أو اشتبه.
(٥) مسلم في صحيحه في الطلاق: باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها ٢/ ١١١٨-١١١٩، بنحوه.
(٦) في ب: الزوجة.
(٧) في ب: فيسقط.
(٨) في ب: كورق.

وجبت نفقتهم في بيت المال، وكذلك[١] وجبت لها السكنى.

مالك: ق[٢].

أحمد: لا نفقة لها ولا سكنى[٣].

التكملة:

قالوا: الآية نبهت بالأعلى على الأدنى، فإن مدة الحمل تزيد على مدة الأقراء، قلنا: الأمر بالعكس فإن الحمل لا يزيد على سنتين عندهم (والأمر إنما يبلغ سنين)[٤]، فإن زعموا أن في القراءة[٥] تقديمًا أو تأخيرًا فالقرآن لا يثبت بالرواية الشاذة، ومطلع النظر أن العدة حكم الوطء المحترم والنكاح منقطع بجميع علائقه فلا تبقى نفقة وكلامهم يبتني[٦] على أن نفقة النكاح بالحبس وأن حبس النكاح باق فلا تسلم بل[٧] هي محتبسة بقضاء[٨] حق التزمته بالعقد، وزمان تسليم المستحق لا يضمن كمن اشترى شيئًا لا يمكن تسليمه إلا في أيام فالبائع محتبس بتسليمه في تلك الأيام بغير نفقة من المشتري فالنفقة إذًا بتعطيل منافعها فإنها تبقى مرصدة لحظ الزوج في[٩] زمن العدة يتمكن من منافعها وأكثر منافع النساء في البيوت لا في الأسواق ثم

(١) في ب: ولذلك وجب، وفي أ: ولذلك.
(٢) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٦٩، والقوانين الفقهية ص ١٤٧.
(٣) المغني لابن قدامة ٧/ ٦٠٨.
(٤) في ب وجـ: والإقرار بما يبلغ سنتين.
(٥) في أ: في القراءة دليل تقديمًا.
(٦) في ب: ينتهي.
(٧) في ب: ان.
(٨) في ب: نقضا حق الترميه
(٩) في ب وجـ: وفي.

الحبس هاهنا للشرع وهذا[1] لا يسقط بإسقاط الزوج ونفقة الحامل بسبب الحمل وهي أحق الناس بولاية الحمل.

* * *

(١) في ب وجـ: ولهذا.

* * *

اللوحة ٦٩ من المخطوطة أ :

جاءت هند[١] زوجة أبي سفيان[٢] إلى النبي عليه السلام وقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني إلا ما أخذت منه سرًا فهل في ذلك شيء؟ فقال لها عليه السلام: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**»[٣].

فوائد الحديث: أنه يجوز للمرأة أن تخرج من بيتها لحاجة، وأن تستفتي العلماء فيما يعرض لها، فإن صوتها ليس بعورة، وأن للإنسان أن يذكر ما في غيره من عيب عند حاجته إلى ذلك، وأن الحاكم يحكم بعلمه، وأنه يقضي على الغائب، والأشبه أنه أفتاها لا قضى لها، فإن أبا سفيان كان حاضرًا، وأن المرأة تلي نفقة ولدها، وأن من له حق[٤] على غيره يجوز أن

(١) هي هند بنت عتبة بن ربيعة، أم معاوية بن أبي سفيان: من ربات الحسن والجمال والرأي والعقل والفصاحة والبلاغة والأدب والشعر والفروسية، كانت عند الفاكه ابن المغيرة المخزومي، أخبارها قبل الإسلام مشهورة، شهدت أحدًا، وفعلت ما فعلت بحمزة ثم كانت تؤلب على المسلمين إلى أن جاء الله بالفتح فأسلم زوجها أبو سفيان فأسلمت معه، روت عن النبي ﷺ وروى عنها ابنها معاوية وعائشة أم المؤمنين، وتوفيت في خلافة عمر رضي الله عنه.
(الإصابة ٤/ ٤٢٥، وأعلام النساء ٥/ ٢٣٩ ـ ٢٥٠).

(٢) هو صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف الأموي، أبو سفيان، صحابي شهير، أسلم عام الفتح، ومات سنة اثنتين وثلاثين وقيل بعدها.
تقريب التهذيب ١/ ٣٦٥.

(٣) البخاري في صحيحه في النفقات: باب نفقة المرأة إذا غاب عنها زوجها ونفقة الولد ٦/ ١٩٢، وباب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ٦/ ١٩٣، ومسلم في صحيحه في الأقضية باب قضية هند ٣/ ١٣٣٨.

(٤) في أ، ب، وجـ: حقًا، وهو لحن.

يأخذ منه بغير علمه، وأنه يجوز أن يكون من جنس حقه[١] ، وأن نفقتها ونفقة ولدها واجبة بالمعروف[٢] ، وأن النفقة على الأب دون الأم، واعلم أن الرضاع الذي تتعلق[٣] به الحرمة خمس رضعات متفرقات[٤] إذا استعط باللبن خمس مرات تعلق به التحريم؛ لأن الرأس جوف[٥]، إذا حقن به قولان[٦] عندهم تثبت الحرمة برضعة واحدة[٧] ، ومعتمدنا[٨] قول عائشة رضي الله عنها: أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات نسخ منها خمس وبقيت خمس رضعات معلومات وتوفي رسول الله ﷺ، والأمر كذلك[٩]، والاعتراض[١٠] عليه أن الله تعالى[١١] علق الحرمة بمطلق الرضاع فقال: ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي[١٢] أَرْضَعْنَكُمْ ﴾[١٣] والتقييد بالخمس[١٤] زيادة على النص (وذلك)[١٥] نسخ فيمتنع بخبر الواحد، وقد أجبنا عن هذا المعنى.

---

(١) في ب وجـ: زيادة: «ومن غير جلس حقه».

(٢) في ب وجـ: واجبة مكررة مرتين.

(٣) في ب: يتعلق.

(٤) الوجيز ٢/ ١٠٥، والمهذب مع تكملة المجموع ١٧/ ٧٩.

(٥) المهذب مع تكملة المجموع ١٧/ ٨٩.

(٦) التنبيه ص ٢٠٤.

(٧) المختار مع الاختيار ٣/ ١١٧، والمبسوط ٥/ ١٣٤، ورءوس المسائل ص ٤٤٣.

(٨) في ب: معتمدنا بدون واو.

(٩) مسلم في صحيحه في الرضاع: باب التحريم بخمس رضعات ٢/ ١٠٧٥.

(١٠) في ب: والاعراض.

(١١) تعالى: ساقطة من ب.

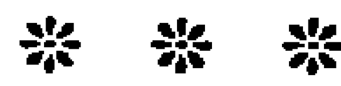
(١٢) اللاتي: ساقطة من أ.

(١٣) سورة النساء، آية: ٢٣.

(١٤) في أ: بالحبس.

(١٥) في ب: وقد.

والدليل على إبطال مذهبهم قوله عليه السلام: «**لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان**»[١]، فإن زعموا أنه نسخ حتى سئل ابن عباس أن ناسًا يقولون: الرضعة الواحدة لا تحرم فقال: كان ذلك ثم نسخ[٢] عارضناهم بقول عائشة، فإن استروحوا إلى القياس على الوطء في[٣] إثبات حرمة المصاهرة وارتباطه به دون العدد وقالوا: إذا[٤] لم يعتبر كمال مدة الرضاع، فلا مرد له إلا مجرده، قلنا: هذا جمع بالقياس في محل الفرق بالنص ثم الفارق المعنوي أن الوطء سبب الحرمة من حيث إنه سبب النسب بالعلوق وهذا المعنى لا يزداد بالتكرار[٥]، فإن المحبل منها واحدة والإرضاع سبب الحرمة باعتبار ما فيه من النشز[٦] وهذا يختلف بالقلة والكثرة فقضى الشرع بأن الكثير معتبر وضبط ذلك بالخمس.



(١) مسلم في صحيحه في الرضاع: باب في المصة والمصتان ٢/ ١٠٧٤، عن عائشة: لا تحرم المصة والمصتان وحديث أم الفضل: لا تحرم الإملاجة والإملاجتان، والبيهقي في سننه ٧/ ٤٥٥، ونصب الراية ٣/ ٢١٧، وقال: رواه مسلم مفرقًا في حديثين.

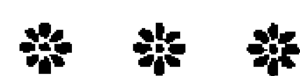
(٢) البيهقي ٧/ ٤٥٨ بنحوه.

(٣) في ب وجـ: «من» بدل: «في».

(٤) في أ: إذ.

(٥) في أ: بالنكر.

(٦) في ب: اليسير، وكذلك جـ.



النفقات[1] والرضاع والتخلي

المسألة السادسة والثمانون بعد المائتين: رفو[2].

الإعسار بالنفقة.

المذهب: يوجب فسخ النكاح[3].

عندهم: ف[4].

الدليل من المنقول:

لنا:

قال تعالى: ﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾[5]، وقال: ﴿**فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**﴾[6]، وجه الاستدلال: أن

---

(١) النفقة: مشتقة من النفوق الذي هو الهلاك، يقال: نفقت الدابة إذا ماتت وهلكت، ومنه النفقة لأن فيها هلاك المال كما في أنيس الفقهاء ص ١٦٧ ـ ١٦٨، والمغرب ٢/ ٣١٩، وقال أيضًا: السلعة بالفتح: رواجها. وشرعًا: هي الطعام والكسوة والسكنى وتجب على الغير بأسباب ثلاثة: زوجية وقرابة وملك، وجمعها هنا لاختلاف أنواعها، مغني المحتاج ٣/ ٤٢٥. وفي شرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٤٣: النفقة لغة: الدراهم ونحوها مأخوذة من النافقاء: موضع يجعله اليربوع في مؤخر الجحر رقيقًا يعده للخروج إذا أتى من باب الجحر دفعه وخرج منه، ومنه سمي النفاق للخروج من الإيمان، أو خروج الإيمان من القلب، وشرعًا كفاية من يمونه خبزًا وأدمًا وكسوة ومسكنًا وتوابعها.

(٢) في ب والخاص في أ: عا.

(٣) الوجيز ٢/ ١١٤، والأم ٥/ ٩١، وتخريج الفروع على الأصول ص ٢٩٧.

(٤) المختار مع الاختيار ٤/ ٦، والهداية مع البناية ٤/ ٨٧٠، ورءوس المسائل ص٤٤٨.

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٢٩.

(٦) سورة الطلاق، آية: ٢.

التسريح[1] بالإحسان متعين عند فوات الإمساك بالمعروف.

لهم: . . .[2].

الدليل من المعقول:

لنا:

نقول: يتعين التسريح ولا نتعرض[3] لبيان أنه فسخ[4] أو طلاق، بل إذا امتنع الزوج عنه تولاه الحاكم كسائر الحقوق، والنفقة[5] حق ثبت في النكاح كفاية لحاجتها (يتكرر مع الأيام)[6]، ويتأيد بفسخ نكاح المجبوب والعنين،

(١) في ب: الشرع.

(٢) بياض في ب وجـ، وفي أ بخط مغاير، ونصه: «عن حكيم[1] بن معاوية عن أبيه[2] قال: قلت: يا رسول الله، ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: «**تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت**»[3].

(٣) في ب: يتعرض.

(٤) في ب: قبيح.

(٥) في ب: فالنفقة.

(٦) في أ: مكرر مع الأقسام.

(١) هو حكيم بن معاوية بن حيدة القشيري، والد بهز، روى عن أبيه وعنه بنوه بهز وسعيد ومهران وسعيد بن أبي إياس الجريري وأبو قزعة سويد بن حجير، قال العجلي: ثقة، وقال النسائي: ليس به بأس، وذكره ابن حبان في الثقات. تهذيب التهذيب ٢/ ٤٥١، وتقريب التهذيب ١/ ١٩٤.

(٢) معاوية بن حيدة بن معاوية بن كعب القشيري، صحابي، نزل البصرة، مات بخراسان وهو جد بهز بن حكيم. تقريب التهذيب ٢/ ٢٥٨.

(٣) أبو داود في سننه في النكاح: باب في حق المرأة على زوجها ٢/ ٦٠٦، والحاكم في مستدركه ٢/ ١٨٧ ـ ١٨٨، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي، والبيهقي ٧/ ٢٩٥، وابن ماجه في سننه: باب حق المرأة على الزوج ١/ ٥٩٣ ـ ٥٩٤، وابن حبان كما ذكر الهيثمي في الموارد ص ٣١٣، وأحمد في مسنده ٥/ ٣، ٥، والنسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف ٨/ ٤٣٠.

بل أولى، فمدافعة الباءة، أيسر من مدافعة الجوع.

لهم:

النفقة تابعة للنكاح[١]، فإنه ليس من عقود المعاوضات واكتساب[٢] المال فلا ينفسخ بها، وإنما ينفسخ بما هو أصل فيه وهو الوطء، ثم إن الله أنظر المعسر (فما)[٣] مضى منقطع[٤] المطالبة، ولا تجب نفقته ما لم يأت فكيف يفسخ[٥]، ثم المال يمكن تحصيله من جهات فلا ينفسخ بفواته بخلاف الوطء والاعتبار[٦] بنفقة المستولدة[٧].

مالك: ق[٨].

أحمد: ق[٩].

التكملة:

نمنع كون المال تبعًا بل شرع صيانة للنساء لضعفهن، فالبعل يكفي المرأة ويحصنها وليس الوطء كل المقصد، فإن النكاح ينعقد بدونه في صورة الرتقاء والعنين ولا يتصور قيام العقد بالتوابع، فلو كان المال تابعًا لما انعقد

(١) في ب: في النكاح.
(٢) في ب: وإكساب.
(٣) في أ: مما.
(٤) في ب: مقطع.
(٥) في ب: ينفسخ.
(٦) في أ: والإعمار.
(٧) في أ: زيادة: «لا يفسخ».
(٨) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٧٧.
(٩) هداية أبي الخطاب ٢/ ٧١.

نكاح رتقاء بعنين[١] وفضل الأنصار[٢] ، وانقطاع المطالبة مسلم، وذلك لا يمنع ثبوت الفسخ، فالمجبوب لا يطالب بالوطء، ويفسخ نكاحه، ثم الغالب من حال النساء العجز عن الكسب وعندها نقول : التسريح بالإحسان معتبر[٣] بنص الشرع فليحاكم إلى الإنصاف أرفع العقد عنها لتحصن بزوج أحسن[٤] آخر في مناهج الشرع أم رفع الحبس على ما يقولون حتى تتخلى عن القيد وتتردد في طلب المعاش مع[٥] ما عليه الخلق من دواعي الفساد؟ ولا يخفى أن الأول أولى.

❊ ❊ ❊

(١) في ب: والعنين، وفي جـ: لعنين.
(٢) في ب: وفصل الابصار وفي جـ: وفصل الابصار.
(٣) في ب وجـ: فيعتبر.
(٤) أحسن: ساقطة من أ.
(٥) في كل النسخ: معًا.

هامش هذه المسألة:

قدر عليه رزقه: أي ضيق[١].

❊ ❊ ❊

(١) أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٤٦٣ ـ ٤٦٤، ومغني ابن قدامة ٧/ ٥٦٣.

المسألة السابعة والثمانون بعد المائتين: رفز[١].

نفقة الأقارب.

المذهب: تختص بالأصول والفروع[٢].

عندهم: تثبت لكل ذي رحم محرم[٣].

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٤].

لهم:

قال تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾[٥] أي والأرحام أن تقطعوها[٦]، وقوله: ﴿وَتُقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ﴾[٧]، وقال عليه السلام: «**قال الله تعالى: أنا الرحمن وهذا[٨] الرحم شققت له اسمًا من اسمي فمن**

---

(١) في ب، والرقم الخاص في أ: عب.

(٢) الوجيز ٢/ ١١٧.

(٣) تحفة الفقهاء ٢/ ١٦٤، والمبسوط ٥/ ٢٢٣.

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «عن حكيم[١] بن حزام أن النبي ﷺ قال: «**اليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول**». متفق عليه»[٢].

(٥) سورة النساء، آية: ١.

(٦) في ب: أن يقطعها.

(٧) سورة محمد، آية: ٢٢.

(٨) في ب: ولهذا.

---

(١) تقدمت ترجمته ص ٥٠٩ من الملحق.

(٢) البخاري في صحيحه في الزكاة: باب الاستعفاف عن المسألة ٢/ ١٣٠، وليس فيه «**وابدأ بمن تعول**»، ومسلم في صحيحه في الزكاة: باب بيان أن أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح ٢/ ٧١٧.

وصلها وصلته ومن قطعها قطعته»[١]. فنقول[٢]: ومن صلة الرحم النفقة.

الدليل من المعقول:

لنا:

القرابة سبب استلحاق[٣] النسب وبعموم وصفها لا يعتبر، والنزاع في تعيين القيد الشرعي[٤] شرطًا معها أهو الحرية أم الرحم؟ والحرية كمال قرابة لها[٥] مزيد تأثير فهي رحم وزيادة ومعها[٦] اقترن بموضع الإجماع معنى له مزيد مناسبة لم يجز حذفه عن درجة الاعتبار.

لهم:

الرحم قرابة تحرم القطيعة فتوجب صلة الإنفاق، ويتأيد بتحريم النكاح لما فيه من الاستفراش والجمع بين محرمين كيلا تحدث البغضاء، ولا ننكر اختصاص الحرية بمزيد تأكيد أوجب له النفقة مع اختلاف الدين وذلك لا يمنع إلحاق الرحم به كالإرث يقدم فيه الأقرب فالأقرب مع الاشتراك في أصل الميراث

مالك: لا تجب[٧] على الجد نفقة، ولا تجب[٧] نفقة الأم[٨].

---

(١) البيهقي في سننه في الصدقات: باب الرجل يقسم صدقته على قرابته وجيرانه ٧/ ٢٦، بنحوه.

(٢) في ب: فيقول.

(٣) في ب: استحقاق.

(٤) في أ: العبد المدعي.

(٥) لها: ساقطة من ب.

(٦) في ب: وفيها.

(٧) في ب: يجب.

(٨) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٧٧-١٧٨، والتفريع ٢/ ١١٢-١١٣.

أحمد: تجب[١] على الوارث كالأخ وابنه والعم وابنه[٢] .

التكملة:

يتأيد مزيد الحرية بإيجاب نفقة المولودين .

واعلم أنه يتعارض في المسألة أصلان ؛ لأنه يحتمل أن يقال : الأصل ألا تجب نفقة أحد على أحد، فإن الملك معصوم وفقر[٣] القريب مرصد له بيت[٤] المال، فحيث وجبت النفقة للأصول والفروع قبلنا وبقي ما عداه على الأصل، ويحتمل أن يقال : الأصل نفقة كل فقير لكون المال مخلوقًا للمصالح غير أن ذلك على الإطلاق لا يمكن فأُثبت ضرب من الاختصاص وهو الملك ، فالفاضل عن الحاجة لا يحل منعه عن حاجة الغير فحيث منع الإجماع عن الأجانب بقي في الأقارب على الأصل، وحاصل كلامهم الاستدلال بتحريم القطيعة على إيجاب الصلة وذلك فاسد، فإن القطيعة إضرار والصلة نفع، وليس في وجوب كف الأذى ما يوجب احتمال المؤونة كما في حق جميع المسلمين فثم درجة وسطى وهي ألا ينفع ولا يضر، وتحريم النكاح لا يعقل معناه، ولو تركنا والقياس لما اهتدينا إليه، ولا تقاس عليه النفقة .

* * *

(١) في ب : لا يجب .

(٢) المغني لابن قدامة ٧/ ٥٩١ .

(٣) في أ: وفقير .

(٤) في ب: في بيت المال .

* * *

المسألة الثامنة والثمانون بعد المائتين: رفح[١] .

نفقة الزوجة .

المذهب: تتقرر[٢] في الذمة ولا تسقط[٣] بمرور الزمان[٤] .

عندهم: ف إلا أن يقررها الحاكم[٥] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٦] .

لهم: . . .[٧] .

---

(١) في ب، والرقم الخاص في أ: عج .
(٢) في ب : يتقرر.
(٣) في ب: يسقط .
(٤) المهذب مع التكملة ١٧/ ١٥٥ ، وتخريج الفروع على الأصول ص ٢٩٨ .
(٥) الهداية مع البناية ٤/ ٨٧١ .
(٦) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه : «يجب على الرجل نفقة من تلزمه نفقته كالزوجة والولد الصغير والأبوين ، وهل تعتبر نفقة الزوجة بحال الزوجين أو بتقدير الشرع؟ قال أصحاب أبي[١] حنيفة ومالك وأحمد : يعتبر بحال الزوجين جميعًا على الموسر قدره وعلى المقتر قدره»[٢] .
(٧) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه : «عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله، من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال : «أمك»، قال : ثم من ؟ قال : «أمك»، قال : ثم من ؟ قال : «أبوك» متفق عليه[٣] ، زاد مسلم : ثم أدناك فأدناك» .

---

(١) في أ: أبو، وهو خطأ.
(٢) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٨١ .
(٣) البخاري في صحيحه في الأدب: باب من أحق الناس بحسن الصحبة ٧/ ٦٩ ، وفيه قال: «أمك» ثلاث مرات، ومسلم في صحيحه في البر والصلة والآداب ٤/ ١٧٩٤ ، وكررت الأم ثلاث مرات .

الدليل من المعقول:

لنا:

مال وجب في الذمة، فلا يسقط بمضي الزمان كالمهر والديون، ذلك لأن الواجب حق المرأة، والأصل أن الحق المعصوم لا يسقط دون الاستيفاء ومرور الزمان يناسب تأكيد الحقوق، والسبب الحبس أوتفويت منافع الزوجة على اختلاف المذهبين وقد تقررا بكمالهما فلم يسقط العوض.

لهم:

نفقة لا[١] تقرر في الذمة كنفقة القريب، ذلك لأن الواجب كفاية الوقت والماضي تستحيل[٢] كفايته لتقضيه[٣]، نعم إذا اتصل به القضاء تقرر؛ لأن فيه مشابة الأعواض لكونه واجبًا في عقد معاوضة، ونفقة القريب محض صلة.

مالك: ق[٤].

أحمد: روايتان[٥].

التكملة:

ربما يتخيل أن نفقة القريب تسقط وليس كذلك، لكن بقاء واجب اليوم يمنع وجوب نفقة غد، فإن شرط وجوبها الحاجة وهو مستغن بواجب أمس الباقي في ذمة القريب، فصار كما لو استوفاه ولم يأكله، وكما لو استغنى

(١) في ب وجـ: فلا.
(٢) في ب: يستحيل.
(٣) في ب وجـ: لنقصه.
(٤) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٨٢، والمنتقى للباجي ٤/ ١٢٦.
(٥) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٨٢.

بدين له على غيره بخلاف المتنازع فيه؛ لأنه لا تشترط[١] فيه[٢] الحاجة بل لو كانت غنية وجبت نفقتها، والفرق بين النفقتين تقرر نفقة[٣] بقضاء القاضي دون نفقة القريب، كما قالوا: كيف توجبون القضاء وهو مجهول القدر؟، قلنا: هو متقدر عندنا على الموسر والمعسر تلقيًا من الكتاب العزيز وتقدير طعام المساكين في الكفارات.

* * *

(١) في ب وجـ: بشرط.
(٢) في أ: فيه مكررة مرتين.
(٣) في أ: بقدر ثقة.

هامش هذه المسألة:

نفقة الزوجة

الموسر: مدان، المعسر: مد، المتوسط: مد ونصف[١].

* * *

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٧٦، والمهذب مع تكملة المجموع ١٧/ ١٣٠، والأم ٥/ ٨٩.

المسألة التاسعة والثمانون بعد المائتين: رفط[١]:

إذا ارتضع[٢] الصبي من ثدي ميتة.

المذهب: لم تثبت حرمة الرضاع[٣].

عندهم: ف[٤].

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٥].

لهم:

قال النبي عليه السلام: «**الرضاع ما أنبت اللحم**»[٦]، وهذا رضاع.

---

(١) في ب، والرقم الخاص من أ: عد.

(٢) الرضاع لغة: مص لبن من ثدي وشربه، وشرعًا: مص لبن في الحولين ثاب عن حمل من ثدي امرأة أو شربه ونحوه، كما في شرح منتهى الإرادات ٣/ ٣٣٥، وأنيس الفقهاء ص ١٥٢.

(٣) الوجيز ٢/ ١٨٥.

(٤) تحفة الفقهاء ٢/ ٢٣٨، ورءوس المسائل ص ٤٤٦، ومختصر الطحاوي ص٢٢٢، والمبسوط ٥/ ١٣٩.

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «لا تثبت الحرمة بالرضاع إلا أن يكون الولد رضع من لبن آدميات، وأما إن ارتضع (طفلان)[١] من بهيمة لا يثبت بينهما أخوة الرضاع بذلك اتفاقا[٢]، والله أعلم».

(٦) البيهقي في سننه في الرضاع: باب ما جاء في تحديد ذلك بالحولين ٧/ ٤٦٢، عن عبد الله بلفظ: «**لا رضاع إلا ما كان في الحولين (ما أنشز العظم وأنبت اللحم)**»، وأبو داود في سننه في النكاح: باب في رضاعة الكبير ٢/ ٥٤٩، بلفظ: «**لا رضاع إلا ما شد العظم وأنبت اللحم**» عن عبد الله، وأنشر اللحم: أي شده وقواه =

---

(١) في أ: طفلين، وهو لحن.

(٢) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٧٩.

الدليل من المعقول:

لنا:

جثة منفكة عن الحل والحرمة فلا يتعلق بلبنها[١] حرمة الرضاع كالبهيمة، ذلك؛ لأن الأخوة في النسب والرضاع لسبب قرابة لاصقة[٢] بينهما، وإنما هي فرع الأمومة، فإذا بطلت الأمومة بطل ما يتعلق[٣] بها.

لهم:

نقيس على حال الحياة، والمناسب في الجميع أن مناط حرمة النسب والرضاع هي[٤] الجزئية[٥]، وذلك ثابت بين المرتضعين[٦]، وموت المرأة لا يفكها عن الحرمة، فإنها تبقى محلاً لحل[٧] النظر واللمس، وليس اللبن للميتة، وإنما حصل حال الحياة، فصار كلبن في ظرف[٨] (نجس)[٩].

= كما في النهاية ٥/ ٥٤، وروى بالزاي أنشز العظم: أي رفعه وأعلاه وأكبر حجمه وهو من النشز: المرتفع من الأرض، ونشز الرجل ينشز إذا كان قاعداً فقام، انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٥/ ٥٥، وانظر الحديث في الدارقطني ٤/ ١٧٣ عنه بنحوه، وانظر: التلخيص الحبير ٤/ ٤، وعزاه لأبي داود عن أبي موسى الهلالي عن أبيه، وقال: قال أبو حاتم: أبو موسى وأبوه مجهولان، وعزاه أيضًا للبيهقي من وجه آخر.

(١) في ب: باضيها.

(٢) في ب: قرابة لا بينهما.

(٣) في ب وجـ: عليها.

(٤) في ب: في.

(٥) في أ: الجرية، وفي ب: الحرية.

(٦) في ب وجـ: المرصفين.

(٧) في ب وجـ: يحل.

(٨) في ب وجـ: طرق

(٩) ساقطة من ب وجـ.

مالك: ف[١].

أحمد: ف[٢].

التكملة:

مجرد وصول اللبن المغذي[٣] إلى جوف الصبي عديم الأثر في الحكم، فإن جميع الأغذية في معناه ولا حكم لها فلا يتم الكلام إلا بنسبة اللبن إلى صاحب اللبن وتلقي الحكم منها، ولا نسلم أن اللبن جزء[٤] لأن الجزئية[٥] سبب التحريم، وإن سلمنا فليست الأخوة جزئية[٦] لاصقة، أما إذا حلب اللبن في إناء وسقي الصبي بعد موت المرأة إن ألزمونا هذه المسألة منعنا منعًا محتجًا[٧] في المذهب مأخذه استحالة الأمومة.

* * *

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٧٥، والتفريع ٢/ ٦٨.
(٢) المغني لابن قدامة ٧/ ٥٤٠.
(٣) في ب: المفتذى.
(٤) في أ: جزو.
(٥) في أ: الجزءية.
(٦) في أ: جزءية ولاصقة.
(٧) في ب: صحيحًا.

* * *

المسألة التسعون بعد المائتين: رص[١].

التخلي لنوافل العبادة.

المذهب : أفضل من النكاح[٢].

عندهم: النكاح أفضل[٣].

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿وَسَيِّدًا وَحَصُورًا وَنَبِيًّا﴾[٤] والحصور: هو الذي لا يأتي النساء مع القدرة[٥]، وقول النبي عليه السلام: «**أحب المباحات إلى الله النكاح**»[٦]؛ سماه مباحًا، وقوله: «**ثوابك على قدر نصبك**»[٧]، وتعب العبادة أكثر.

لهم:

قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم﴾[٨]، وقول النبي عليه السلام:

---

(١) في ب والرقم الخاص في أ: عه (٧٥).

(٢) الوجيز ٢/ ٢، وقال: يستحب النكاح لمن تاقت نفسه إليها، ومن لا فالعبادة له أولى، ونهاية المحتاج ٦/ ١٨٠، وتحفة المحتاج ٧/ ١٨٦، مع حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي.

(٣) تحفة الفقهاء ٢/ ١١٨، واللباب في الجمع بين السنة والكتاب ٢/ ٦٦١.

(٤) سورة آل عمران، آية: ٣٩.

(٥) انظر في هذا المعنى: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز لابن عطية ٣/ ٧٧، وقال: قالوا: هذا أمدح، والبيهقي في سننه ٧/ ٨٣.

(٦) لم أعثر عليه.

(٧) البخاري في صحيحه في أبواب العمرة: باب أجر العمرة على قدر النصب ٢/ ٢٠١، عن عائشة بلفظ: «**ولكنها على قدر نفقتك أونصبك**».

(٨) سورة النساء، آية: ٣.

«تناكحوا تكثروا»(١) **«ويا معشر الشباب عليكم بالنكاح**(٢)**، من تزوج فقد أحصن ثلثي دينه»**(٣)، وكان عليه السلام يواظب عليه. وقال البراء(٤): زوجوني زوجوني لا ألقى الله عزبًا(٥)، فإن النبي عليه السلام قال: **«شراركم عزابكم»**(٦).

---

(١) التلخيص الحبير ٣/ ١١٦، وعزاه للديلمي في مسند الفردوس والبيهقي عن الشافعي بلاغًا، وقال: والمحمدان ضعيفان محمد بن الحارث ومحمد بن عبد الرحمن البيلماني، وفي المقاصد الحسنة ص ١٦٥، بلفظ: **«تناكحوا تناسلوا أباهي بكم يوم القيامة»**.

(٢) البغوي في مسند عثمان كما في كنز العمال ١٦/ ٤٨٨، بلفظ: **«يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فلينكح، ومن لم يستطع فليصم فإن الصوم له وجاء»**.

(٣) العلل المتناهية لابن الجوزي ٢/ ١٢٢، بلفظ: **«من تزوج فقد أحرز نصف دينه، فليتق الله في النصف الباقي»**، وقال: هذا حديث لا يصح ومن آفاته يزيد الرقاشي: منكر الحديث، وهياج متروك الحديث، ومالك بن سليمان وقد قدحوا فيه، وفي المقاصد الحسنة ص ٤٠٧، ونسبه لابن الجوزي في العلل.

(٤) تقدمت ترجمته ص ٢٢٩، من الجزء المحقق السابق.

(٥) التلخيص الحبير ٣/ ٩٥، ونسبه لمعاذ إذ قال في مرض موته: زوجوني لا ألقى الله عزبًا، ونسبه للبيهقي من حديث الحسن عنه مرسلاً، وقال: ذكره الشافعي بلاغًا، وإحياء علوم الدين ٢/ ٢١٠، ونسبه لمعاذ.

(٦) أبو يعلى والطبراني من حديث أبي هريرة أنه قال: لو لم يبق من أجلي إلا يوم واحد لقيت الله بزوجة، سمعت رسول الله ﷺ يقول... وذكره، وفي مسنده خالد بن إسماعيل المخزومي وهو متروك، ولهما أيضًا من حديث عطية بن بسر المازني مرفوعًا في حديث: **«إن من سنتنا النكاح: شراركم عزابكم، وشرار أمواتكم عزابكم»**، وفيه معاوية بن يحيى الصدفي وهو ضعيف، انظر: المقاصد الحسنة ص٢٥١، وهو في كشف الخفاء ٢/ ٨، وقال: رواه أبو يعلى والطبراني بسند فيه خالد المخزومي متروك ومثله في مجمع الزوائد ٤/ ٢٥١.

الدليل من المعقول:

لنا:

وجد سبب زيادة الثواب في جانب العبادة فوجب أن يكون ثوابها أكثر، كل ذلك حث عليها ففي[١] النكاح من دعوى الطبع ما يكفي في الحث عليه.

لهم:

عقد تتعلق به مصالح دينية ودنيوية، فوجب أن يكون أولى من النوافل قياسًا على الإمامة والقضاء فجهة[٢] المصالح الدينية متابعة الأمر وصون الفرج وتحصيل[٣] الولد من المصلحتين[٤]، والدنيوية الاعتضاد والسكن وغير ذلك.

مالك[٥] :

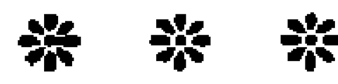
أحمد[٦] :

---

(١) في أ: على نفي النكاح.
(٢) في ب وجـ: بجهة.
(٣) في ب: ويحصل.
(٤) في ب: المصلحين.
(٥) بلغة السالك ١/ ٣٧٤، ونصه: «فإن لم يخش ندب له رجا النسل أم لا ولو قطعه من عبادة غير واجبة».
(٦) عمدة الفقه ص ٩٢، وكشاف القناع ٥/ ٣، وهداية أبي الخطاب ١/ ٢٤٦، بلفظ: «النكاح واجب إذا خاف على نفسه من الزنى، فإن لم يخف فعلى روايتين: إحداهما يجب أيضًا وهي اختيار أبي بكر والأخرى يستحب فعلى هذه الرواية التشاغل به أفضل من التشاغل له بفعل العبادة ويحتمل أن يكون التشاغل بفعل العبادة أفضل منه».

التكملة :

الأوامر لا تدل على الوجوب مطلقًا، بل بإزائها أوامر بالعبادة، قال الله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ﴾[(١)] ، ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالإِنسَ إِلاَّ لِيَعْبُدُونِ﴾[(٢)] ثم ما ذكر من قيام الغرض يحصل بالتواق، وكذلك صون الفرج يخاف[(٣)] على التائق، وعلى الجملة الأولوية متعارضة وربما كانت متقاربة لكن إذا حققنا جهة غير التائق كانت العبادة أولى، فإن النكاح مع ما فيه من المصالح يوقع أيضًا في محظورات بسبب اكتساب المال والمداراة التي ربما لم يقم بها فإن حصل مصلحة فقد فاته مصالح .



(١) سورة البقرة، آية ٢١ .

(٢) سورة الذاريات، آية : ٥٦ .

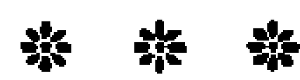
(٣) في ب : بخلاف التائق .

هوامش هذه المسألة :

الفرض في التائق[(١)] .

التبتل : ترك النكاح، وأصل البتل : القطع[(٢)] .

قال داود : النكاح واجب[(٣)] .



(١) التائق : المشتهي كما في شرح منح الجليل ٢/ ٢ .

(٢) الصحاح للجوهري / ١٦٣٠، مادة : «بتل» .

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٨٩، وتحفة الفقهاء ٢/ ١١٧ .

كتاب الجنايات

كتاب الجنايات

اللوحة رقم ٧٠ من المخطوطة أ :

مسألة : المسلم[1] بالذمي مبنية على أنهما متفاوتان في العصمة عندنا[2]، وعندهم[3] متساويان، فنقول أولاً في بيان العصمة : إنها معنى شرعي مقدر في المحل يقتضي صيانته بقدر الإمكان، ومن آثارها تحريم إتلافه وتأثيم المتلف وإيجاب الضمان عليه والقصاص، والخصم يعتقد أن القصاص شرع زجراً فهو جزاء القتل[4] عاجلاً كالعقوبة الأخروية، ومعتقدنا أن القصاص أحد الضمانين ثم الكفارة، ونظن[5] أنها بدل المحل، وليس كذلك؛ لأنها تجب في الظهار والحنث، وليس ثمّ محل مضمون وإنما وقع هذا في الخيال من جزاء الصيد، فإنه ينحى[6] به نحو الإبدال وقد يسمى كفارة على الحقيقة شرعت لتمحو[7] أثر الفعل، فإن قيل : العصمة عبارة عن المنع الشرعي من الفعل وذلك يعم قتل المسلم والذمي على[8] سواء والمعنى المقدر في المحل

---

(١) في ب : بالسلم.

(٢) المهذب مع التكملة ١٧/ ٢٣٣، وتكملة المجموع ١٧/ ٢٣٥، والتنبيه ص ٢١٣، وتخريج الفروع على الأصول ص ٣٠٤، وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ١/ ٢٨٩، والأم ٦/ ٢٥.

(٣) المختار مع الاختيار ٥/ ٢٧، والاختيار كذلك وتخريج الفروع على الأصول ص٣٠٤، وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ١/ ٢٨٩، ورءوس المسائل ص٤٥٤.

(٤) في ب : الفعل.

(٥) في ب : ويظن.

(٦) في ب وأ : ينحا.

(٧) في ب ليمحو.

(٨) في ب : على مال سواء.

غير معقول، قلنا: المقدرات الشرعية تعرف بأسبابها وآثارها[١] كالملك المقدر في المحل يعرف بسببه وهو إطلاق التصرف فإن المقدر في المحل يعرف بسببه وهو البيع وأثره وهو إطلاق التصرف، فإن المقدر الشرعي لا يحسن، وإنما يعرف بمقتضيه ومقتضاه كذلك العصمة، فإن المحل إذا كان كافراً ثم أسلم تغيرت أحكامه حتى ارتبط بقتله ما لم يكن قبل وحال القاتل تختلف[٢] بكفر المقتول وإسلامه فعرف[٣] أن تغير الأحكام لاختلاف حال المحل فالحال الحادثة مناط هذه الأحكام وهي المسماة عصمة وإليه الإشارة بقوله: «**عصموا**[٤] **مني دماءهم**»[٥]، ثم المحل معصوم في حق الصبي، ولو كانت العصمة خطاباً للفاعل لاستحالت في حق الصبي، واعلم أنه ينبغي للسائل أن يكشف ما يسأل[٦] عنه ليقع الجواب بحسبه، فإنه لو قال: ما تقول[٧] في النبيذ؟ لم يحسن؛ لأنه لا يعلم سؤاله عن نجاسته، أو عن حد شربه، أو جواز الوضوء به فينبغي للسائل أن يذكر مقصوده من هذه المطالب ولا يكلف المسؤول استفساره، وكذا لا يقول بقتل المسلم بالكافر لكن يخصص[٨] بالذمي وقيل: إن كان المسؤول شافعياً[٩] صح لأن المسلم لا يقتل عنده[١٠]

(١) في ب: وأثرها.
(٢) في ب: لم يختلف.
(٣) في ب: يعرف أن يغير.
(٤) في ب: عصمة متى دماهم.
(٥) البخاري في صحيحه في الإيمان، باب: ﴿فَإِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ﴾ ١٠/ ١١ ـ ١٢.
(٦) في أ: يل.
(٧) في ب: يقول.
(٨) في ب: تخصيص.
(٩) في ب وجـ: شفعويا.
(١٠) في ب: عبده بكافر، وفي جـ: عنده بكافر.

بالكافر أصلاً، وإن كان حنفيًا لم يصح، واعلم أن حق المعطوف أن يشارك المعطوف عليه في أصل الحكم لا في تفاصيله قال الله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآتُوهُم﴾[١] عطف الإيتاء الواجب على الكتابة المستحبة، وكذلك قوله: ﴿كُلُوا مِن ثَمَرِهِ﴾[٢] إلى أن قال: ﴿وَآتُوا حَقَّهُ﴾[٣].

ومن هذا النمط عطف المعاهد على المسلم؛ فكأنه حرم قتل المسلم إذا قتل وحرم قتل المعاهد ابتداءً، ثم المعاهد يسمى نادرًا بالإضافة إلى طبقة[٤] الكفار والمسمى النادر يجوز أن يخرج عن[٥] عموم اللفظ إلا أن يقتصر عليه.

واعلم أنه إذا قتل حر كافر عبدًا مسلمًا لم يقتل[٦]، وكذلك لو قتل عبد مسلم حرًا كافرًا[٧]، وإن قتل من[٨] نصفه حر ونصفه عبد عبدًا لم يقتل[٩]، فإن قتل من هو[١٠] مثله قيل: لا يقتل أيضًا وفيه نظر؛ لأن القصاص يقع بين[١١] الجملتين وهما سواء[١٢].

---

(١) سورة النور، آية: ٣٣.

(٢) في ب وجـ: قوله تعالى.

(٣) سورة الأنعام، آية: ١٤١.

(٤) في ب وجـ: طبعه.

(٥) في ب وجـ: من عموم.

(٦) الأم ٦/ ٢٥.

(٧) الوجيز ٢/ ١٢٦.

(٨) في أ: وإن قتل ونصفه.

(٩) حلية العلماء ٧/ ٤٥١.

(١٠) هو: ساقطة من ب.

(١١) في ب: من الجملتين.

(١٢) الوجيز ٢/ ١٢، وحلية العلماء ٧/ ٤٥١.

كتاب الجنايات[١]

المسألة الحادية والتسعون بعد المائتين: رصا[٢] .

أيقتل المسلم بالذمي؟

المذهب: لا[٣] .

عندهم: نعم[٤] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿**وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً**﴾[٥] وقوله عليه السلام: «**المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى[٦] بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم، ألا لا يقتل مؤمن بكافر**»[٧] ، . . . .

---

(١) الجنايات: جمع جناية، يقال: جنى الذنب عليه يجنيه: جناية جره إليه، والثمرة اجتناها كتجناها وهو جان والجمع جناة، انظر: المهذب مع التكملة ١٧/ ٢٢٢، وقال في شرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٦٧: الجناية لغة: التعدي على نفس ومال، وشرعًا: التعدي على البدن بما يوجب قصاصًا أو مالاً.

(٢) في ب والرقم الخاص في أ: آ أي (١).

(٣) التنبيه ص ٢١٣، والأم ٦/ ٣٥، وحلية العلماء ٧/ ٤٤٩.

(٤) المختار مع الاختيار ٥/ ٢٧، والمبسوط ٢٦/ ١٣١، واللباب للمنبجي ٢/ ٧٢٨.

(٥) سورة النساء، آية: ١٤١.

(٦) في أ: يسعى بدون واو.

(٧) أبو داود في سننه في الجهاد: باب في السرية ترد على أهل العسكر ٣/ ١٨٣، عن عمرو بن شعيب بنحوه، وابن ماجه في سننه في الديات: باب المسلمون تتكافأ دماؤهم ٢/ ٨٩٥، ومعنى تتكافأ: تتساوى في القصاص والديات لا يفضل شريف على وضيع، أدناهم: أقلهم عددًا، والحاكم في مستدركه في قسم الفيء =

(وقول علي[١] رضي الله عنه) إشارة إلى ما في الصحيفة: العقل[٢]، وفكاك[٣] الأسير، وألا يقتل مؤمن بكافر[٤].

لهم:

قوله[٥] تعالى: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ**﴾[٦]، ﴿**وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا**﴾[٧] وهذا عام يجري[٨] على عمومه إلا ما خصه[٩] الدليل، وقوله عليه السلام: («**العمد قود**»[١٠] وكونه عليه السلام)[١١] أقاد مسلمًا بذمي وقال: «**أنا أحق من وفى بذمته**»[١٢] جعل القود معلول[١٣] الوفاء بالذمة، وقال: «**ولا ذو**

= ٢/ ١٤١، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي عليه.

(١) في ب: وقوله عليه السلام، وفي جـ: وقول علي عليه السلام.

(٢) في ب وجـ: العقد.

(٣) في ب: وكان.

(٤) البخاري في العلم، باب كتابة العلم ١/ ٣٦، وابن ماجه في الديات: باب لا يقتل مسلم بكافر ٢/ ٨٨٧، والترمذي في جامعه في الديات: باب ما جاء لا يقتل مسلم بكافر ٤/ ٢٤-٢٥، وقال: حديث حسن صحيح.

(٥) في ب وجـ: ظواهر قوله تعالى.

(٦) سورة البقرة، آية: ١٧٨.

(٧) سورة الإسراء، آية: ٣٣.

(٨) في ب وجـ: فجرى.

(٩) في ب وجـ: خصصه.

(١٠) الطبراني عن ابن حزم كما في كنز العمال ١٥/ ٣، بلفظ: «**العمد قود والخطأ الدية**»، والسيوطي في الجامع الصغير مع الفيض ٤/ ٣٩٢، وعزاه للطبراني عن عمرو بن حزم ورمز له بالحسن، وقال المناوي في فيض القدير: قال الهيثمي: فيه عمران بن أبي الفضل وهو ضعيف.

(١١) ما بين القوسين ساقط من ب.

(١٢) الدارقطني في سننه ٣/ ١٣٥، وفي أ: وفا.

(١٣) في ب: معاول.

عهد في عهده»[1] وذلك يدل على أن المراد بالكافر في الخبر المشهور الحربي.

الدليل من المعقول:

لنا:

الكفر مبيح للدم والذمة حاظرة[2] فقيام عين المبيح مع استمرار الحاظر[3] يكفي شبهة في درء العقوبة، الدليل عليه قيام الملك في الجارية المشتركة وفي الأخت من الرضاع والمجوسية من كونه يدرأ العقوبة والدليل على أن الكفر مبيح كونه أعلى[4] الجرائم وكون القتل أعلى[4] العقوبات.

لهم:

دم الذمي مضمون بالقود في الجملة فضمن[5] في حق المسلم، دليل كونه مضمونًا بقتل الذمي به، وذلك لأن القصاص يعتمد الأهلية والمحلية والسبب[6]، فلولا تكامل هذه الأشياء ما قتل به الذمي ولو كان الكفر مبيحًا[7] لمنع طاريه استيفاء القصاص والتعدي إلى المال فلم يقطع المسلم بسرقة مال الذمي.

مالك: ق[8].

---

(١) الحاكم في مستدركه ٢/ ١٤١، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٢) في أ، ب: خاطره.

(٣) في أ، ب: الخاطر.

(٤) في ب وجـ: أعلا.

(٥) في أ: يضمن.

(٦) في ب: والدية.

(٧) في أ: نسخًا.

(٨) القوانين الفقهية ص ٢٢٧، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٠، ورسالة ابن أبي زيد القيرواني مع شرحها الثمر الداني ص ٤٩٠.

أحمد: ق[1].

التكملة:

من المحال حمل خبرنا على الحربي الذي أمرنا بقتاله وقتله، ووزانه قولك: من صام لا يصلب ومن زكى لا يرجم، وخبرهم يرويه البيلماني[2] مرسلاً[3]، ويروى أن المقتول عبد الله[4] بن أمية الضمري وقد[5] عاش إلى عهد عمر رضي الله عنه ثم لو سلم لهم ما يحملون الخبر عليه فأي ضرورة تلجئ إلى ذلك؟ وما[6] المانع من إجرائه على العموم؟ ومنع المساواة بين المسلم والكافر مع اختلافهما في أعظم الأشياء وهو الإيمان فالكفر إذًا سبب الإهدار إما بنفسه أو بواسطة الحراب[7] والإسلام[8] سبب العصمة للمسلم ومنه تنشأ[9] عصمة الكافر، قولهم: الإسلام الطارئ لا يمنع قلنا[10]: هذه

---

(١) هداية أبي الخطاب ٢/ ٧٥، وشرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٧٩، والمغني لابن قدامة ٧/ ٦٥٢.

(٢) ابن البيلماني مولى عمر روى عن ابن عباس وعمرو بن عبسة، وعنه ابنه محمد وزيد بن أسلم، قال أبو حاتم: لين، ووثقه ابن حبان، وقال الحافظ عبد العظيم: لا يحتج به وقال في التقريب: مدني، نزل حران، ضعيف.
خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ص ٢٢٥، وتقريب التهذيب ١/ ٤٧٤.

(٣) في ب: مرتلاً.

(٤) لم أعثر له على ترجمة، إلا أن يكون عمرو بن أمية الضمري فقد مضت ترجمته في الملحق ص ٩٥٦.

(٥) في أ: وقال.

(٦) في ب: ولا المانع.

(٧) في أ: أو بواسطة وسقطت: «الحراب».

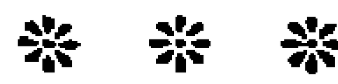
(٨) في ب: كالإسلام.

(٩) في أ: تنشو وفي ب وجـ: تنشوا.

(١٠) في ب: قولنا.

الصورة لا نص للشافعي فيها فتمنع، وأما القطع في السرقة، فاليد لا تقطع في مقابلة المال كيف والمال مردود واليد مقطوعة بل الحد واجب لله تعالى لكون السرقة فاحشة في نفسها، ثم يلزمهم يد المسلم تقطع بسرقة مال الذمية ولا تقطع يده بيدها فدل على أن منهج قطع السرقة غير منهج قطع القصاص.

عبارة: منقوص بالكفر فلا يقتل به المسلم كالحربي، ذلك لأن القصاص يعتمد المساواة ومنه اسمه واسم المقتص، وإنما لم تعتبر[1] المساواة في العدد والذكورية؛ لأن الإجماع انعقد على ترك ذلك قال عمر رضي الله عنه: «لو تمالأ أهل صنعاء أقدتهم به»[2] وكان ذلك لحكمة الردع والزجر.



(١) في ب: يعتبر.
(٢) مالك في موطئه في العقول ٢/ ٨٧١، باب ما جاء في الغيلة والسحر.

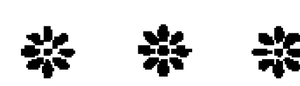
هامش هذه المسألة:

تكون اليد بمعنى القدرة[1] قال الله تعالى: ﴿أُولِي الأَيْدِي وَالأَبْصَارِ﴾[2].

وقيل معناه: إن كلمة المسلمين واحدة، فكأنهم يد واحدة.

قال أبو يوسف: يقتل المسلم بالمستأمن[3].

قال الأوزاعي: وإذا قتل كافر كافراً وأسلم لم يقتل[4].



(١) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٤/ ٤٠، مطبعة الاستقامة بالقاهرة.
(٢) سورة ص، آية: ٤٥.
(٢) الاختيار لتعليل المختار ٥/ ٢٧، وحلية العلماء ٧/ ٤٤٩.
(٤) مغني ابن قدامة ٧/ ٦٥٣، وتكملة المجموع ١٧/ ٢٣٦، وحلية العلماء ٧/ ٤٤٩ـ ٤٥٠.

المسألة الثانية والتسعون بعد المائتين: رصب[١].

أيقتل الحر بالعبد؟.

المذهب: لا[٢].

عندهم: نعم[٣].

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ**﴾[٤]، فظاهره يقتضي ألا يقتل حر بعبد[٥] لكن قيل للتنبيه[٦]، وقال عليه السلام: «**لا يقتل حر بعبد**»[٧] قال علي رضي الله عنه: من السنة ألاَّ يقتل حر بعبد[٨]، وهمّ عمر بقتل مسلم بذمي فقال له زيد: أتقتل أخاك بعبدك، وهذا عبارة عن اتفاق الصحابة.

---

(١) في ب والرقم الخاص في أ: ب (٢).

(٢) التنبيه ص ٢١٣، والأم ٦/ ٢٥، والوجيز ٢/ ١٢٥، وحلية العلماء ٧/ ٤٠٥.

(٣) المختار مع الاختيار ٥/ ٢٦، وتحفة الفقهاء ٣/ ١٠١، ورءوس المسائل ص٤٥٥، والمبسوط ٢٦/ ١٢٩، واللباب للمنبجي ٢/ ٧٣٢.

(٤) سورة البقرة، آية: ١٧٨.

(٥) في ب وجـ: عبد بحر.

(٦) في أ: ترك التنبيه.

(٧) الدارقطني في سننه ٣/ ١٣٣، عن ابن عباس، وقال في التلخيص الحبير ٤/ ١٦: فيه جويبر وغيره من المتروكين، واللباب في الجمع بين السنة والكتاب ٢/ ٧٣٢.

(٨) الدارقطني في سننه ٣/ ١٣٤، وذكره في التلخيص الحبير ٤/ ١٦، وقال: في إسناده جابر الجعفي، وقال في المغني على الدارقطني: في إسناده جابر الجعفي وهو ضعيف جداً.

لهم:

قول النبي عليه السلام: «**من حرق حرقناه إلى قوله: ومن قتل عبده قتلناه**»[١] دل هذا اللفظ بتنبيهه[٢] أن من قتل عبد غيره قتل بطريق الأولى إلا أنه قام الدليل على انتساخ[٣] المنطوق به فبقي المفهوم.

الدليل من المعقول:

لنا:

المتلف منقوص بالرق فلا يؤخذ به الحر. الدليل عليه الأطراف، ذلك لانتقاص[٤] النفسية بالمالية، والقصاص يعتمد المساواة والعبد صار مبتذلاً[٥] ممتهنًا كالبهائم والقصاص تعظيم لحظر المحل، والآدمي خلق ليكون مستسخرًا لا مستحسرًا[٦] والسيد[٧] يعتقه بوحده حكمًا كالأب، يدل عليه أن الحر لا يقتل بالمكاتب فبالعبد أولى.

لهم:

مضمون بالقود[٨] في الجملة فضمن بحق[٩] الحر كالحر[١٠] بيان أنه

---

(١) البيهقي في المعرفة من حديث عمران بن نوفل بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده وقال: في الإسناد بعض من يجهل كما في التلخيص الحبير ٤/ ١٩، ولفظه: «**من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه**».

(٢) في ب وجـ: بنفسه.

(٣) في ب: انفساخ وفي أ: انتساج.

(٤) في ب: الانتقاص.

(٥) في بك متبدلاً.

(٦) في ب: أو مستحسرًا.

(٧) في ب: والصيد.

(٨) في ب: القود.

(٩) في ب وجـ: في حق.

(١٠) كالحر: ساقطة من ب.

مضمون بالقود أنه يقتل به عبد مثله فلو قدر مانعًا في حق الحر كان الرق. والرق لا يورث شبهة؛ لأنه لو أورث شبهة في المحل لما قتل العبد كيف والقيمتان[١] قائمتان في حقه الموثمة وهي كونه آدميًا والمقومة بالدار ثم قبول إقراره فيما يوجب سفك دمه (دليل على أن دمه له لا لسيده)[٢].

مالك: ق[٣].

أحمد: ق[٤].

التكملة:

ليس إذا قتل العبد بعبد مثله يدل على أنه يقتل به الحر، ألا ترى أن المجوسي يتزوج مجوسية ولا يتزوج بها المسلم، ونقول: العبد دم ومال بدليل بيعه ويلزمهم الطرف أما قصد[٥] الإقرار فيؤاخذ به لأن مبناه على الصدق وانتفاء[٦] التهمة، والسيد متهم في إقراره على العبد، ثم لو كانت المالية زيادة في المحل لأفردت الذمية بضمان، والذي يدل على أن محلية القصاص للسيد أنه لا ضمان على من أذن له، وبالجملة: نقيس النفس على الطرف. فإن[٧] فرقوا بينهما[٨] بأن[٩] الكفارة تجب في النفس دون الطرف.

---

(١) في أ: والعصمتان.

(٢) ما بين القوسين في أ ليس بواضح.

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٠، والقوانين الفقهية ص ٢٢٧، ورسالة ابن أبي زيد القيرواني مع الثمر الداني ص ٤٩٠، والمنتقى ٧/ ١٢٠ ـ ١٢١.

(٤) مغني ابن قدامة ٧/ ٦٥٨، وشرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٧٩، وهداية أبي الخطاب ٢/ ٧٥.

(٥) في أ: فصل وفي ب: إلا ما قصد.

(٦) في ب وجـ: وانتفى.

(٧) في أ: بان.

(٨) في ب وجـ: بينها.

(٩) في أ: فإن.

فالجواب: أن الكفارة قضيتها بعيدة عن القصاص ولذلك لا تثبت[١] عندهم في العمد وتثبت[١] في الخطأ والدم هو الفائت في الموضعين، وتجب[٢] في الظهار كما تجب في القتل، وعندنا لا فرق بين الطرف والنفس، وكما نقتل الجماعة بالواحد نقطع أطرافهم بطرفه، ولو تصور في النفس ما يتصور في الطرف من الشلل وزيادة الإصبع لمنعنا القصاص مع التفاوت وحيث نتخيل زيادة تمنع القصاص وذلك من حق الحامل.

❊ ❊ ❊

(١) في ب: يثبت.
(٢) في ب: يجب.

هوامش هذه المسألة:

إذا قتل عبد مكاتبًا وجب عليه القصاص[١] قال أبو حنيفة إذا خلف وفاء ورثه غير المولى لم يجب القصاص[٢]؛ لأنه[٣] حين الجرح كان المستحق الولي وحين الموت الوارث[٤].

ولا يصح القصاص إلا إذا ثبت حقه في الطرفين لمستحق[٥] واحد وهذا أصل لا نسلمه.

قال النخعي: يقتل الحر بعبده[٦].

من اللغز:

من قتل مدينة فعليه القيمة، المدينة: الأمة[٧].

(١) مغني ابن قدامة ٧/ ٦٦٢، وحلية العلماء ٧/ ٤٥١.
(٢) الهداية مع البناية ١٠/ ٣٤، وحلية العلماء ٧/ ٤٥١، وعزاه له.
(٣) في أ: لأن خبر الجراح.
(٤) في أ: سقط: «وحين الموت الوارث».
(٥) في ب وجـ: بمستحق.
(٦) تكملة المجموع ١٧/ ٢٣٧، والقوانين الفقهية ص ٢٢٧، والمغني ٧/ ٦٥٩.
(٧) اللسان ٣/ ٤٥٥، مادة «مدن» وقال: المدينة هي المملوكة، و١/ ١٣١٩، مادة: «ركل».

. . . .

ربت وربا في وكـــرها ابن مـــدينة   تراه على مـــســـحـــاته يتـــركل

إذا خـــاف من لحم عليـــهـــا ظـمـــآه   أدب إليـــهـــا جـــد ولا يتـــسلل[1]

* * *

(١) البيت الأول ذكره في اللسان ٣/ ٤٥٥، مادة «مدن» وعزاه للأخطل وفيه: في وكرها كما في جـ، لا في حجرها كما في أ، وكذلك في تاج العروس من جواهر القاموس ٩/ ٣٤٣، وعزاه للأخطل مادة: «مدن» وتركل الرجل بسحاته: إذا ضربها برجله لتدخل في الأرض. اللسان ١/ ١٢١٩، وفي أ: يتوكل.

المسألة الثالثة والتسعون بعد المائتين: رصج[١] .

بماذا يضمن العبد إذا قتل؟ .

المذهب : بقيمته ما بلغت[٢] .

عندهم : إن زادت على دية الحر ردت إليها ونقص عشرة دراهم، وفي الأمة خمسة[٣] .

الدليل من المنقول :

لنا : . . .[٤] .

لهم : . . .[٥] .

الدليل من المعقول :

لنا :

الواجب هو القيمة فينبغي أن تبلغ ما بلغت كالبهيمة؛ لأنه لو كان دية

(١) في ب والرقم الخاص في أ: ج (٣).

(٢) روضة الطالبين ٩/ ٢٥٨، والتنبيه ص ٢٢٧ .

(٣) الهداية مع البناية ١٠/ ٢٩٤، وتحفة الفقهاء ٣/ ١١٥، والمختار مع الاختيار ٥/ ٥٢، ورءوس المسائل ص ٤٥٩، ومختصر الطحاوي ص ٢٤٣ .

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «هل يضمن العبد إذا جنى بقيمته بالغة ما بلغت وإن زادت على دية الحر أو بدونها؟ قال أبو حنيفة: لا يبلغ به دية الحر بل ينقص عشرة دراهم»[١] .

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «وقال مالك والشافعي وأحمد في أظهر روايتيه: يضمن بقيمته بالغة ما بلغت، وعن أحمد رواية أخرى لا يبلغ به دية الحر ولم يقدر النقصان»[١] .

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ٢١٢ .

لوجب المعهود، والذمية أصل في القوام، والمالية أصل في نظر الشرع، وهب أن الواجب بدل نفس إلا أنه[١] بدل معياره[٢] المالية بدليل القليل القيمة.

لهم:

المغلب جانب الذمية ولا يزاد على دية الحر، لأن في العبد ذمية[٣] ومالية والمالية تابعة[٤] للذمية، وجعل الواجب في مقابلة الأمثل أولى؛ سيما والسبب هو القتل وهو فعل يحل الحياة.

مالك: ق[٥].

أحمد: ق[٦].

التكملة:

الدليل على أن الواجب سلك به مسلك البدل عن المال، وأن النفس تطلب قيمتها وانعمرت بالمالية أمور، منها: أن العبد إذا قتل قبل القبض في البيع لم ينفسخ، ولو مات انفسخ، ولو وجبت القيمة بدلاً عن النفس والنفس ليست مالاً فقد فاتت المالية التي هي مورد العقد فوجب أن تبطل.

ومنها أن العبد المرهون إذا قتل جعل بدله رهنًا وحق[٧] المرتهن لا يتعلق

---

(١) في ب: أن.

(٢) في ب: معيارة.

(٣) في ب: دمية.

(٤) في أ: بابعة.

(٥) القوانين الفقهية ص ٢٢٧، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨١.

(٦) المغني ٧/ ٧٩٩، وهداية أبي الخطاب ٢/ ٩٤، وشرح منتهى الإردات ٣/ ٣٠٩، والمبدع ٨/ ٣٥٣.

(٧) في ب: في حق.

إلا بمالية .

ومنها : أن السيد لو قتل العبد المرهون غرم للمرتهن ، والمالية فاتت عندهم تابعة لفوات الأطراف كفوات البضع عند قتل المرأة ، وما فات تابعًا لا ضمان له ، والقتل تصرف في النفس وليست مالاً ، ومن العجب أنهم قالوا : السيد يضمنه بأقصى قيمته ولو زادت على دية الحر ، والأجنبي لا يضمنه للمرتهن إلا بدون دية الحر .

ومنها : أن حول التجارة لا ينقطع بقتل العبد بل يستمر على قيمته .

ومنها : أن البدل مصروف إلى السيد .

كل هذه شواهد على تغليب المالية .

❊ ❊ ❊

المسألة الرابعة والتسعون بعد المائتين: رصد[١] .

إذا اشترك جماعة في قطع يد.

المذهب: قطعوا[٢] .

عندهم: ف[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٤] .

لهم: . . .[٥] .

الدليل من المعقول:

لنا:

ما صين بالقصاص[٦] عن[٧] المنفرد بالجناية صين عن المشتركين في الجناية

(١) في ب والرقم الخاص في أ: دً أي ٤ .

(٢) المنهاج مع مغني المحتاج ٤/ ٢٥-٢٦، والتنبيه ص ٢١٥ .

(٣) الاختيار لتعليل المختار ٥/ ٢٩، وتحفة الفقهاء ٣/ ١٠٠، ورءوس المسائل ص٤٦١، ومختصر الطحاوي ص ٢٣١ .

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «هل نقطع الأيدي باليد؟ فقال مالك والشافعي وأحمد: تقطع الأيدي باليد، وقال أبو حنيفة: لا تقطع، وتؤخذ دية اليد من القاطعين بالسواء»[١] ، والله أعلم.

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «وأما الجماعة يشتركون في قتل الواحد. فقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: تقتل الجماعة بالواحد، إلا مالكًا، فإنه استثنى القسامة من ذلك فقال: لا يقتل بالقسامة إلا واحد»[٢] .

(٦) بالقصاص: ساقطة من جـ.

(٧) عن: ساقطة من ب.

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ٢١٢ .

(٢) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ٢١٢ .

كالنفس، ذلك لاتفاق النفس والطرف في مناط القصاص، فأي معنى قدر في النفس يوجب القصاص فمثله[١] في الطرف.

لهم:

القصاص جزاء العدوان وهو مقيد بالمثل وإذا قطعنا يدين بيد لم تحصل[٢] المماثلة، وذلك لأن القطع يتجزأ[٣]، وكما لا يقطع يد بيدين لا تقطع[٤] يدين[٥] بيد، وإنما قتلنا الجماعة بالواحد لأن القتل لا يتجزأ[٣]، ولا أثر عن عمر، ثم إذا كانت الصحيحة لا تؤخذ بالشلاّ[٦] وهو فوات وصف ففوات العدد أولى.

مالك: ق[٧].

أحمد: ق[٨].

التكملة:

حاصل النظر التفرقة والجمع بين النفس والطرف فنقول[٩]: أحد

---

(١) في ب وجـ: لمثله.
(٢) في ب: يحصل.
(٣) في ب وجـ: يتجزى.
(٤) في ب وجـ: يقطع.
(٥) الصواب: يدان؛ لأنها نائب فاعل.
(٦) في ب وجـ: بالسلامة، والشلاء: اليابسة كما في لغة الفقه ص ٢٩٨.
(٧) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٢، وبداية المجتهد مع الهداية ٨/ ٤٢٩.
(٨) المبدع والمقنع ٨/ ٣٢٣، وهداية أبي الخطاب ٢/ ٨٠، في إحدى الروايتين، وفي الأخرى: لا قصاص عليهم ويجب عليهم دية الطرف، والمغني ٧/ ٤٧٣.
(٩) في ب: فيقول.

موجبي التفويت فالطرف المعصوم تساوى[١] النفس فيه كالموجب الثاني، ذلك لأن التفويت في الموضعين يوجب تارة القصاص وتارة الدية، وقد استويا في الدية في حالتي الإفراد[٢] والاجتماع، كذا في القصاص فالديتان تتوزع[٣] على الجماعة وكأنا نستدل بإحدى النتيجتين على الأخرى.

فإن قالوا: النفس لا تتجزأ[٤]، قلنا: وكذلك لا يتعدد فلا ينسب إلى كل واحد على الكمال، ثم نقول: اليد مركبة من أجزاء لا تتجزأ[٤] وقد فعل الجميع في كل جزء[٥] فعلاً واحدًا فهو بمثابة النفس ونقول: النفس تتجزأ استحقاقًا، وإن لم تتجزأ ذاتًا ثم إن عنيتم أن الصادر من كل واحد قطع بعض اليد فممنوع، وإن عنيتم أنه بعض قطع اليد فمسلم، وإن قطع البعض معناه أنه ينقطع بفعل أحدهما غير ما ينقطع بفعل الآخر وبعض القطع هو أن يجتمع الأفعال ويكون الجميع قطعًا واحدًا، لأن القطع عبارة عما يحصل به الانقطاع فالقطع[٦] متحد ضرورة اتحاد المحل.

(١) في ب: يساوي.
(٢) في ب: لانفراد.
(٣) في ب: تتوزع، وفي أ: نتوزع.
(٤) في ب وجـ: يتجزى.
(٥) في أ: جزو.
(٦) في ب: والقطع.

هوامش هذه المسألة:

الصورة: أن يقطع الجماعة بشيء واحد قطعًا واحدًا[١].

من اللغز.

إن العم يقتل بالواحد وكذلك في القطع. العم[٢]: الجماعة.

(١) المنهاج مع مغني المحتاج ٤/ ٢٥-٢٦، ورءوس المسائل هامش ص ٤٦١.
(٢) قال في الصحاح ٥/ ١٩٩٢، مادة «عم»: والعم: جماعة من الناس.
قال المرقش:

والعدو بين المجلسين إذا ... آد العشي وتنادى العم

المسألة الخامسة والتسعون بعد المائتين : رصه[١] .

هل يقتل الواحد بالجماعة قصاصًا؟ .

المذهب: لا[٢] .

عندهم: نعم[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[٤] .

لهم: . . .[٥] .

الدليل من المعقول:

لنا:

الجماعة أمثال الواحد، فلا يقابلهم، لأن الضمان إما أن يكون مقابلة

---

(١) في ب والرقم الخاص في أ: ة أي (٥).

(٢) روضة الطالبين ٩/ ٢١٨، وفيه: الواحد إذا قتل جماعة قتل بأحدهم وللباقين الديات.

(٣) تحفة الفقهاء ٣/ ١٠٠، واللباب للمنبجي ٢/ ٧٣٣، ورءوس المسائل ص ٤٦٣، والمبسوط ٢٦/ ١٢٧.

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «إذا قتل الواحد جماعة ثم يطلب أولياؤهم القصاص أو الدية أو بعضهم هذا وبعضهم هذا فقال أبو حنيفة ومالك: لا يجب عليه إلا القود لجماعتهم ولا يجب عليه شيء آخر سواء طلب بعضهم القود وبعضهم الدية أو طلب[١] جميعهم القود»[١] .

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «وقال الشافعي: إن قتل جماعة واحدًا بعد واحد قتل بالأول وللباقين الديات، وقال أحمد: إذا قتل جماعة فحضر الأولياء وطلبوا القصاص قتل لجماعتهم ولا دية عليه»[١] .

---

(١) في أ: طلبوا.

(٢) القود: غير واضحة في أ، وفي الإفصاح مثبتة هكذا، وانظر: الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٩٦.

(٣) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٩٦ـ١٩٧، وقد وضع للشافعي في مكان للحنفية والعكس.

الفعل ولم يتقاوما، لأن الموجود قتل واحد والنفس الواحدة لا تحتمل[١] إلا قتلاً واحداً والمستغرق بآحاد الحقوق لا يتأدى به الجميع قياسًا للنفس على الطرف.

لهم:

الجماعة يقتلون بالواحد فقتل بالجماعة، دليل المماثلة قتلهم به، وذلك أن الواحد إذا قتل عشر قتلات فإذا قتله عشرة فقد وجد فيه عشر قتلات وحقيقة القتل جرح يتعقبه زهوق الروح.

مالك: ف[٢].

أحمد: إن طلبوا القصاص قتل بهم[٣] وإلا بمن طلب[٤].

التكملة:

الاجتزاء بالواحد عن الجميع لا يقع، ولو بادر أحد الأولياء وقتل كان مستوفيًا حقه فثبت أن القاتل لا يتسع لأكثر من قتل واحد؛ لأنه لو كان فيه زيادة للزم الولي المنفرد[٥] لأجلها شيء[٦] فنقول: ما يتأدى به حق الآحاد لا يتأدى به حق الجميع كالطرف، ولا فرق بين النفس والطرف في مناط القصاص ويدل على أصل القاعدة أن شريك الخاطئ بالإجماع[٧] وشريك

(١) في ب: يحتمل.
(٢) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٢، وبداية المجتهد مع الهداية ٨/ ٤٢٨، والقوانين الفقهية ص ٢٢٧.
(٣) في ب: فيلزمهم بدل: قتل بهم.
(٤) هداية أبي الخطاب ٢/ ٧٨.
(٥) في ب وجـ: المشع.
(٦) في ب: س فيقول.
(٧) بالإجماع: زيادة في أ.

الأب عندهم لا قصاص عليهما، ولو كان قتلاً كاملاً[1] ما امتنع عنهما القصاص فإن ألزمونا تعدد[2] الكفارة على شركاء القتل منعنا، ثم من عليه قصاص وحد زنى يقتل قصاصًا ولو كان فيه وفاء بالحقين قتل بهما، قولهم: حد القتل جرح[3] يتعقبه زهوق الروح باطل بما لو جرح زيد[4] فزهقت نفس عمرو وهذا جرح[5] يعقبه زهوق الروح، فإن قيل: أردنا به روح المجروح لزم ما لو جرح وحز الرقبة، فإن قالوا: نريد زهوق روح المجروح بالجرح، قلنا: فهاهنا لا يتحقق فإنه يمكن أن يكون الزهوق بالجرح الآخر.

* * *

(١) من ب سقطت: «ما».

(٢) في ب: بعدد.

(٣) في ب وجـ: بالقتل خرج.

(٤) في ب وجـ: زيدا.

(٥) في ب وجـ: خرج يعقبه.

هوامش هذه المسألة:

يقتل بواحد وتؤخذ الدية للباقين، فإن قتلهم دفعة أقرع بينهم وقتل بمن تخرجه القرعة، وإن قتلهم مرتبًا قتل بالأول[1].

قال الزهري: لا تقتل الجماعة بالواحد وولي الدم يقتل منهم واحدًا ويأخذ من الباقين حصصهم من الدية[2].

قال ربيعة وداود: يسقط القود إذا قتل جماعة واحدًا ولا يجب قتل واحد منهم[3].

* * *

(١) روضة الطالبين ٩/ ٢١٨-٢١٩، والوجيز ٢/ ١٣٥.

(٢) المغني لابن قدامة ٧/ ٦٧١، وعزاه للزهري وجماعة.

(٣) المغني لابن قدامة ٧/ ٦٧١، وعزاه لربيعة وداود وغيرهما.

اللوحة ٧١ من المخطوطة أ :

العمد : أن يقصد ضربه بما يقتل غالبًا .

الخطأ: أن لا يقصده مثل الذي يرمي هدفًا فيصيب إنسانًا .

شبه العمد : أن يقصده لكن بما لا يقتل غالبًا[١] .

واعلم أن الدية المغلظة تجب في العمد وشبهه[٢] ، والمخففة في الخطأ، فالمغلظة ل٣٠ حقة ل٣٠ جذعة م ٤٠ حوامل[٣] ، قال مالك[٤] وأبو حنيفة[٥]: كـــه ٢٥ بنت مخاض كه٢٥ بنت لبون كه٢٥ حقه كه٢٥ جذعة ، وتجب في العمد المحض في (مال القاتل)[٦] حالة[٧] وبه قال مالك[٨] وأحمد[٩] ، قال الخصم : تجب مؤجلة في ثلاث سنين[١٠] .

واعلم أن دية الخطأ تتغلظ بالقتل في الحرم أو في الأشهر الحرم أو كان ذا رحم محرم من النسب[١١] خلافًا لهم[١٢] ولمالك ، والمدينة على القول الجديد

---

(١) التنبيه ص ٢١٣ـ٢١٤ .

(٢) في ب : وسببه .

(٣) التنبيه ص ٢٢٢ ، وحلية العلماء ٧/ ٥٣٨ .

(٤) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٧ـ١٨٨ ، والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤/ ٢٦٦ ، ورسالة ابن أبي زيد ص ٤٨٣ مع الثمر الداني .

(٥) تحفة الفقهاء ٣/ ١٠٧ .

(٦) ما بين القوسين بياض في أ، وفي ب : مال العاقلة ، وهو سهو .

(٧) المنهاج مع مغني المحتاج ٤/ ٥٥ ، وحلية العلماء ٧/ ٥٣٨ .

(٨) البيان والتحصيل ١٥/ ٤٣٤ ، والإشراف في مسائل الخلاف ٢/ ١٨٨ .

(٩) المغني لابن قدامة ٧/ ٧٦٤ـ٧٦٥ .

(١٠) ذكره عنهم في حلية العلماء ٧/ ٥٣٨ .

(١١) المنهاج مع مغني المحتاج ٤/ ٥٤ ، وحلية العلماء ٧/ ٥٤٠ .

(١٢) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٨ ، وأحكام القرآن للجصاص ٢/ ٢٣٦ ، والمنتقى للباجي ٧/ ١٠٧ ، وحلية العلماء ٧/ ٥٤٠ ، وعزاه لهما ، ورءوس المسائل ص ٤٧٠ .

لا يحرم صيدها فلا تغلظ[١] فيها الدية[٢].

واعلم أن دية الخطا كـ (٢٠) بنت مخاض كـ (٢٠) ابن[٣] لبون كـ (٢٠) حقة، كـ (٢٠) جذعة[٤]. إن أعوزت الإبل اختلف قول الشافعي؛ قال في القديم: على أهل الذهب[٥] غ/ ١٠٠٠[٦]/ دينار، وعلى أهل الورق ١٢٠٠٠[٧] درهم[٨]، وبه قال مالك[٩]، وفي الجديد: إذا أعوزت الإبل رجع إلى قيمتها[٨] قال أبو حنيفة وأحمد: يجوز العدول إلى النقدين[١٠] مع وجود الإبل[١١]. والدية عند أبي حنيفة يغ ١٠٠٠٠[١٢] درهم[١٣]، وتجب دية[١٤] شبه العمد على العاقلة مؤجلة ثلاث سنين[١٥].

إذا قتل الزوج زوجته وله منها ابن يرثها لم يجب القصاص[١٦].

---

(١) في ب: يغلظ.

(٢) روضة الطالبين ٩/ ٢٥٥، وحلية العلماء ٧/ ٥٤٠.

(٣) في ب: كـ بنت لبون كـ ابن لبون.

(٤) المنهاج مع مغني المحتاج ٤/ ٥٤، وحلية العلماء ٧/ ٥٣٩.

(٥) في ب: المذهب، وهو سهو.

(٦) في ب: د دينار.

(٧) في ب: بدل درهمًا.

(٨) مختصر المزني ص ٢٤٤، وحلية العلماء ٧/ ٥٤١-٥٤٢.

(٩) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٩.

(١٠) في أ: التقدير.

(١١) النتف في الفتاوى ٢/ ٦٦٧، وهداية أبي الخطاب ٢/ ٩٣.

(١٢) في ب: ل درهم.

(١٣) الكتاب مع شرحه اللباب ٣/ ٤٥.

(١٤) في أ: وبه.

(١٥) المنهاج مع مغني المحتاج ٤/ ٥٥، وحلية العلماء ٧/ ٥٣٨.

(١٦) تكملة المجموع ١٧/ ٢٤٣، ومغني ابن قدامة ٧/ ٦٦٨.

أبوان لهما ابنان قتل أحدهما الأب وقتل الآخر الأم وجب القصاص على قاتل الأم لأن قاتل الأب ورث القصاص عليه أمه[١] والأخ فلما قتل الأخ الأم لم يرثها وورثها قاتل الأب، فانتقل القصاص إليه فسقط ويسقط حق شريكها إلى سبعة أثمان الدية لأن حقها الثمن[٢].

أربع[٣] أخوة قتل الثاني الكبير، وقتل الثالث الصغير، وجب القصاص على قاتل الكبير[٤].

إذا قطعت امرأة يد رجل فقطع[٥] يدها ثم مات فلوليه القصاص، فإن عفا[٦] على مال فعلى أحد الوجهين ثلاثة أرباع الدية، لأن دية يد المرأة نصف دية يد الرجل، والثاني: نصف الدية اعتباراً بيد الرجل فلو قطعت يديه فقطع يديها ثم مات فعلى أحد الوجهين: العفو على نصف الدية والثاني[٧]: ليس له العفو؛ لأنه استوفى[٨] بدل يده[٩] وقيمتها الكاملة فلو قطعت يدي رجل ورجليه فقطع يديها ورجليها ثم مات واندمل جرحها فلولي المجني عليه القصاص وليس له العفو على مال وجهاً واحداً لأن قيمة يديها[١٠]

(١) في ب: ابنه.
(٢) تكملة المجموع ٧/ ٢٤٤، ومغني ابن قدامة ٧/ ٦٦٩.
(٣) الصواب أربعة أخوة.
(٤) مغني المحتاج ٤/ ١٩ـ ٢٠، ولكنه قال: فللثاني أن يقتص من الثالث ويسقط الحد عنه، وهداية أبي الخطاب مثله ٢/ ٧٦، ومثله في مغني ابن قدامة ٧/ ٦٧٠.
(٥) في ب: يقطع.
(٦) في أ: عفى.
(٧) في ب: والباقي.
(٨) في أ وب: استوفى.
(٩) في ب: يديه.
(١٠) في ب: يدها.

ورجليها[١] دية الرجل.

واعلم أن الدية لا تتغلظ عندهم بالقتل في الحرم[٢]، ومعتمدنا قضاء[٣] عمر وعثمان رضي الله عنهما في امرأة قتلت في المطاف بالأقدام وإيجابهم ثمانية آلاف درهم: ستة آلاف للدية وألفين[٤] للحرم، وقول الصحابي إذا خالف القياس دل على نص سمعه من الرسول فالآن كلما يذكره الخصم[٥] من قياس فهو حجة لنا؛ لأن الصحابي ما خالفه[٦] إلا اتكالاً على نص سمعه، فإن ألزمونا ابن عباس غلظ الدية مرتين بسببين، قلنا: ذلك قياس فإنه[٧] اعتقد أن تعدد الأسباب يوجب تعدد الأحكام فلا نقلده في هذا القياس.

* * *

(١) في ب: ورجلها.
(٢) في ب: والأشهر الحرم.
(٣) في ب: قضى.
(٤) في ب وأ: ألفي.
(٥) يذكر بالخصوص في ب.
(٦) في ب: خاله.
(٧) في ب: فإن.

* * *

المسألة السادسة والتسعون بعد المائتين: رصو[1] .

القتل بالمثقل[2] .

المذهب: يوجب القصاص[3] .

عندهم: ف[4] .

الدليل من المنقول:

لنا:

عمومات الكتاب العزيز في قتل القاتل بالمقتول، وقول النبي عليه السلام: «**العمد قود**»[5] وقوله: «**من حرق حرقناه**»[6] وروي أن يهوديًا رضخ رأس جارية فأمر النبي عليه السلام أن يرضح رأس اليهودي بين حجرين[7] .

---

(١) في ب والرقم الخاص في أ: و؛ أي ٦ .

(٢) المثقل: الشيء الثقيل كما في تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢٩٥ ، وحلية العلماء ٧/ ٤٦٢ .

(٣) التنبيه ص ٢١٤ ، والوجيز ٢/ ١٢١ ، والأم ٦/ ٦ ، وحلية العلماء ٧/ ٤٦٢ .

(٤) الهداية مع البناية ١٠/ ١١ ـ ١٢ ، والمختار مع الاختيار ٥/ ٢٤ ، ومختصر الطحاوي ص ٢٣٢ .

(٥) سبق تخريجه في المسألة ٢٩١ تعليق ١٠ .

(٦) سبق تخريجه في المسألة ٢٩٢ تعليق ١ .

(٧) البخاري في صحيه في الطلاق: باب الإشارة في الطلاق والأمور ٦/ ١٧٦ ، ومسلم في صحيحه في القسامة: باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره، من المحددات والمثقلات، وقتل الرجل بالمرأة ٣/ ١٢٩٩ .
والرضخ: الدق والكسر كما في نهاية غريب الحديث والأثر ٢/ ٢٢٩ ، مادة: «رضخ» .

لهم:

قوله تعالى: ﴿**وَأَنزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ**﴾[١]. قال النبي عليه السلام: «**ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل**»[٢]، وقال: «**كل شيء خطأ إلا السيف**[٣]، **ولا قود إلا بالسيف**[٤]، **ولا قود إلا بحديد**»[٥].

لنا:

قتل عمد محض، بيان القتل أن من صلب شخصاً أو حرقه فقد قتله،

---

(١) سورة الحديد، آية: ٢٥.

(٢) أبو داود في سننه في الديات: باب في دية الخطأ شبه العمد ٤/ ٧١١ـ٧١٢، وابن ماجه في سننه في الديات: باب دية شبه العمد مغلظة ٢/ ٨٧٧، والنسائي في سننه: كم دية شبه العمد ٨/ ٤٠ـ٤١، وموارد الظمآن في الديات: باب دية شبه العمد ص ٣٦٧.

(٣) كشف الاستار عن زوائد البزار: باب القود بالسيف ولكل شيء خطأ. عن النعمان بن بشير بلفظ: «**القود بالسيف ولكل شيء خطأ**»، وقال: قلت له عند ابن ماجه: لا قود إلا بالسيف فقط، وقال: قال البزار: لا نعلمه يروي إلا عن النعمان، ولا رواه عنه إلا أبو عازب ولا عنه إلا جابر ومجمع الزوائد في الديات ٦/ ٢٩١، باب لا قود إلا بالسيف ونسبه للبزار وقال: فيه جابر الجعفي وهو ضعيف، والدارقطني ٣/ ١٠٦.

(٤) ابن ماجه في الديات: باب لا قود إلا بالسيف ٢/ ٨٨٩، عن النعمان بن بشير، وفي الزوائد: في إسناده جابر الجعفي وهو كذاب، وعن أبي بكرة، وفي الزوائد: قال: في إسناده مبارك بن فضالة وهو يدلس وقد عنعنه، وكذا الحسن، ومجمع الزوائد ٦/ ٢٩١، ونسبه للطبراني عن ابن مسعود وقال: فيه أبو معاذ سليمان بن أرقم وهو متروك، والدارقطني ٣/ ١٠٦.

(٥) عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن مرسلاً كما في كنز العمال ١٥/ ١١، وابن أبي شيبة في مصنفه ٩/ ٣٥٤.

والقتل مأخوذ من الكسر يقال: قتلت الخمر، والعمدية[1] ظاهرة، وآلة[2] الشيء ما يصلح[3] له ويحصل به، والمثقل[4] صالح للقتل وتخريب الباطن وقد وجد.

لهم:

قتل تمكنت الشبهة[5] منه فلا يوجب القصاص، ذلك لأن الشبهة في الآلة[6] أن المثقل[7] ليس آلة[2] القتل حيث لم يخلق له والقتل تخريب البنية ظاهرًا وباطنًا، فأما زهوق الروح فليس إلينا.

مالك: ق[8].

أحمد: ق[9].

التكملة:

إن جحدوا العمدية[10] قلنا: الشرع أمرنا برجم الزاني ويستحيل أن نتعبد[11] بالخطأ أو بشبهة على أنا لا نحتاج إلى تقرير أن هذا عمد فتقرير

---

(١) في ب: والعمل يد.
(٢) في ب: وآلد.
(٣) ما يصلح له: في ب.
(٤) في ب: والمثل.
(٥) في ب: منه الشبهة.
(٦) في ب: الآية لأن المقتل.
(٧) في ب: المقتل.
(٨) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٢، والقوانين الفقهية ص ٢٢٦.
(٩) هداية أبي الخطاب ٢/ ٧٧، ومغني ابن قدامة ٧/ ٦٣٩.
(١٠) في ب العمد به.
(١١) في أ: يتعبد.

الضروريات يخفيها[١] ، فإن قالوا: القصاص[٢] منوط بصورة الجرح[٣] فإن العمد لا اطلاع عليه، ولذلك علق على غرز الإبرة إن لم يعقب في المحل ورمًا شديدًا لم يوجب القصاص، والمرجع في هذا إلى العادات، والعرف في العمد أنه كل فعل قصد به عين الشخص وعلم حصول الموت به قطعًا، وحد[٤] شبهة العمد ما لم يعلم قطعًا أن الموت حاصل به، فإن قالوا: الآلة غير معدة للقتل بطل بالقياس والمثبت[٥] وفيما صاروا إليه خرم قاعدة القصاص، فإن الناس إذا علموا أنهم لا يقتلون بالقتل بالمثقل[٦] فعلوه[٧] ذريعة إلى الفساد ودرء[٨] العقوبة عنهم ويلزمهم أن يحنث لو حلف ما قتلت وأن الكفارة تجب بهذا القتل، وأما حديثهم (فمتروك الظاهر[٩] فإن قتيل) العصا لو كان مجروحًا وجب القصاص فالمراد بالحديث ما جرت به العادة

---

(١) في ب: يحفيها.

(٢) القصاص: المماثلة، وهو مأخوذ من القص: وهو القطع، قال الواحدي وغيره من المحققين: هو من اقتصاص الأثر، وهو تتبعه لأن المقتص يتبع جناية الجاني فيأخذ مثلها، يقال: اقتص من غريمه واقتص السلطان فلانًا من فلان: أي أخذ له قصاصه كما في تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢٩٣.

(٣) الجرح بفتح الجيم مصدر جرحه يجرحه جرحًا، والجرح: بضمها: الاسم وجمعه: جروح، والجراحة بمعنى الجرح، وجمعها: جراح بالكسر ورجل جريح، وامرأة جريح، ورجال ونسوة جرحى. كما في تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٩٣.

(٤) في ب: وجد شبيه.

(٥) في ب: والمتعب وكلما.

(٦) في ب: بالمثقب.

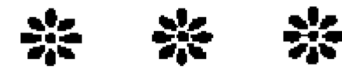
(٧) في ب: جعلوه.

(٨) في ب: وذرا للعقوبة.

(٩) ما بين القوسين في أ: «فيمن دل الظاهر على قتل».

=

من التأديب .



= هوامش هذه المسألة :

العاقلة : هم العصبات لا يدخل فيهم الأب والجد والابن[١] وابن الابن[٢]، وإنما[٣] هو الأخوة وبنوهم، والأعمام وبنوهم[٤]، أبو حنيفة ومالك[٥] يدخلان فيهم الأب والابن[٦] كانت الإبل تحمل فتعقل في فناء[٧] أولياء الدم فسمي من يحملها عاقلة[٨]، وقيل : لأنها تعقل عن الفساد .

تقدير الدية مائة[٩] من الإبل إما لأن عبد المطلب فدى بها أبا النبي عليه السلام لما نذر ذبح العاشر من ولده[١٠]؛ ولأنها كانت عند العرب كذلك وقيل : أول من حكم بها عامر بن الضرب في دم زيد بن بكر بن هوازن، قال جرير :

أعطوا هنيدة يحدوها ثمانية ما في عطائهمُ مَنٌّ ولا سرف[١١]

وفي أنها مائة[١٢] الإبل يقول الآخر : =

(١) من أسقط : «والابن» .

(٢) التنبيه ص ٢٢٨، ومغني المحتاج ٤/ ٩٥، والمهذب مع تكملة المجموع ١٧/ ٥١٦ .

(٣) في أ : «والأم» .

(٤) الهداية مع البناية ١٠/ ٣٨٢ .

(٥) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٩٣ .

(٦) في أ : «والجد»، بدل : «والابن» وانظر : الهداية مع البناية ١٠/ ٣٨٢ .

(٧) في أ : قبا .

(٨) الصحاح للجوهري ٥/ ١٧٦٩، مادة «عقل» .

(٩) في ب ق أي : ١٠٠ .

(١٠) البداية والنهاية لابن كثير ٢/ ٢٤٨-٢٤٩، وعبد الرزاق في مصنفه ١٠/ ٢٧ .

(١١) البيت في الصحاح ٢/ ٥٥٧، مادة : «هند»، وأدب الكاتب لابن قتيبة ص١٤٧، وهامش تأويل مشكل القرآن ص ٥٧٩، وهو في اللسان ٤/ ٤٤٩، هامش الكوكب الدري ص ٤٠٢، وعزاه لجرير .

(١٢) في أ : أنها أنها، والهندية : المائة من الإبل كما في اللسان ٤/ ٤٤٩ .

. . . .

* * *

= إذا صب ما في الوطب فاعلم بأنه دم الشيخ فاشرب من دم الشيخ أودعا[١]

دية المرأة على النصف من دية الرجل، وجراحها النصف من جراحه[٢].

قال ربيعة: تجب الدية في الخطأ وشبه العمد في مال العاقلة مؤجلة خمس سنين[٣].

* * *

(١) الوطب: سقاء اللبن خاصة، وهو جلد الجذع فما فوقه، الصحاح ١/ ٢٣٣، والبيت ذكره ابن القيم في أعلام الموقعين ٢/ ١٢٥، ولم يعزه، وفيه: «أودع».

(٢) روضة الطالبين ٩/ ٢٥٧، وحلية العلماء ٧/ ٥٤٣.

(٣) حلية العلماء ٧/ ٥٣٨، ولم ينسبه.

المسألة السابعة والتسعون بعد المائتين: رصز[١] .

موجب العمد في القول المنصور .

المذهب : أحد أمرين إما القصاص وإما الدية[٢] .

عندهم : القصاص هو الواجب[٣] .

الدليل من المنقول :

لنا :

قول النبي عليه السلام : «**ثم أنتم يا خزاعة[٤] قتلتم هذا القتيل[٥] من هذيل وأنا والله عاقله، فمن قتل بعده قتيلاً فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا العقل**»، جعل الخيرة إلى الأولياء[٦] .

لهم :

قوله تعالى : ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ...**﴾[٧] الآية، أوجب القصاص نصًا فمن زاد الدية فقد نسخ، وقال[٨] تعالى : ﴿**فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ...**﴾[٩]

---

(١) في ب والرقم الخاص في أ: ز؛ أي: ٧.

(٢) الأم ٦/ ١٠ .

(٣) المختار والاختيار ٥/ ٢٣، وتخريج الفروع على الأصول ص ٣١٥، ورءوس المسائل ص ٤٥٨ .

(٤) في أ: باختراعه.

(٥) في أ: القبيل.

(٦) الترمذي في جامعه في الديات: باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو ٤/ ٢١، وقال: حديث حسن صحيح.

(٧) سورة البقرة، آية: ١٧٨ .

(٨) في ب: قوله تعالى.

(٩) سورة البقرة، آية: ١٩٤ .

الآية وقال: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾[٢] ، وقال[٣] : ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ﴾[٣] .

الدليل من المعقول:

لنا:

عين معصومة مضمونة فتضمن[٤] بالمال كسائر الأعيان، لأن الواجب حق آدمي، وهو مبني على التحصيل لا التفويت والتحصيل بالمال، أما القصاص فزيادة تفويت إلا أنه بدل توقيفي للتشفي فلا يمنع البدل القياسي فثبت التخيير بتعدد المقصد وسقط الجمع لاتحاد المضمون.

لهم:

عدوان محض فلا يوجب المال قياسًا على الزنى ولاشك في العدوانية وضمانها مقيد بالمثل بدليل الآية والعدل يقتضي ذلك، ومن أتلف مثلها لزمه مثله لا يمتنع والنفس مثل النفس والقتل كالقتل فإن[٥] تحمل الأمانة يشترك[٦] فيها القاتل والمقتول ولها خلقا فقد قدر على استيفاء جنس حقه بكماله فلا يعدل عنه.

مالك: روايتان[٧] .

---

(١) سورة البقرة، آية: ١٧٩ .

(٢) في ب: وقال عز وجل.

(٣) سورة الشورى، آية: ٤٠ .

(٤) في ب: فيضمن.

(٥) في أ: فلا.

(٦) في ب: يشرك.

(٧) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٣ .

أحمد : ق[١] .

التكملة :

عبارة : عوضان مختلفان استويا بالنسبة إلى السبب فيخير المستحق بينهما كما لو كان رأس الشاج أصغر من رأس المشجوج ، ونقول : الآدمي[٢] نفس من وجه ؛ لأنه مستعد لاستعمال الأشياء ، مال من وجه ؛ لأنه مستعد أن يُستعمل فالدية بدله من حيث هو مال وبدله له أو لخليفته فالأدلة[٣] أولوية نفس الجاني أو المال ، ومعنى حصول الشيء للإنسان أن يتمكن[٤] من التصرف فيه نحو ما جرت به العادة تارة بالتحصيل كالتجارة وتارة بالتفويت كوقود الحطب ، والقصاص من هذا القبيل ، قولهم : هو عدوان إن أرادوا به أنه مخالفة الأمر فما وجب الضمان لذلك بدليل بقاء التحريم بعد إباحة الإنسان نفسه ، فإن أرادوا به تعديًا[٥] على الغير فمسلم[٦] ، ونسلم أنه مقيد بالمثل ، ولكن بالمثل الممكن لا المطلق ، قوله تعالى : ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[٧] ، ورد في تحريم القتل في الأشهر الحرم ، وقوله : ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾[٨] لا يمس[٩] مقصود المسألة لأنا لا نسلم أن القصاص والدية جزاءان بل عوضان .

---

(١) هداية أبي الخطاب ٢/ ٨٤ ، وكشف المخدرات ص ٤٣٩ ، والإقناع ٤/ ١٨٧ .
(٢) في ب : للآدمي .
(٣) في أ : فالان له .
(٤) في ب : تمكن .
(٥) في أ وب : تعد وهو لحن .
(٦) في أ : مسلم .
(٧) سورة البقرة ، آية : ١٩٤ .
(٨) سورة الشورى ، آية : ٤٠ .
(٩) يمس : بياض في أ .

=

المسألة الثامنة والتسعون بعد المائتين : رصح[١] .

المكره على القتل .

المذهب : يلزمه القصاص في أحد القولين[٢] .

عندهم : لا يلزمه وهو القول الآخر[٣] .

الدليل من المنقول :

لنا :

ظاهر قوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ[٤] مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا ﴾[٥] ، والمراد هاهنا بالسلطان بالاتفاق[٦] سلطنة القتل .

= **هوامش هذه المسألة:**

قال عطاء : إذا قتل الرجل المرأة فوليها بالخيار إن شاء دفع ٦٠٠٠ درهم ويقتل أو يأخذ ٦٠٠٠ ويعفو[١] .

قال الحسن البصري وابن أبي ليلى : الدية ٦ أصول : إبل ، ذهب ، فضة ، مائتا بقرة ، مائتا حلة ، ألفا شاة[٢] .

(١) في ب والرقم الخاص من أ : ح ؛ أي ٨ .

(٢) روضة الطالبين ٩/ ١٣٥ ، وحلية العلماء ٧/ ٤٦٧ ، والوجيز ٢/ ١٢٣ ، والمهذب مع التكملة ١٧/ ٢٦٩ .

(٣) الهداية مع البناية ٨/ ١٨٤ ـ ١٩٥ ، ومختصر الطحاوي ص ٤٠٩ .

(٤) في ب : فمن قتل ، وهو خطأ .

(٥) سورة الإسراء ، آية : ٣٣ .

(٦) في ب : ما لاتفاق .

---

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٠ ، وتلخيص الحبير ٤/ ٢٠ .

(٢) تحفة الفقهاء ٣/ ١٠٧ ، عن عبيدة السلماني مثله .

لهم:

قوله عليه السلام: «**رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**»[١]، ومعلوم أنه لم يرد صورة[٢] الفعل وإنما أراد به رفع حكمه.

الدليل من المعقول:

لنا:

القتل بعد الإكراه كالقتل قبل الإكراه في المعنى المقتضي لإيجاب القصاص؛ لأن القتل أوجب بكونه[٣] عمدًا محضًا محرمًا وقد وجد دليل الجرم التأثيم[٤]، وربما قسنا على المضطر في المخمصة إذا قتل معصومًا وأكله[٥]، وإن كان فيه منع نقلنا الكلام إليه.

لهم:

قتله دفعًا لشر الإكراه فلا يلزمه القصاص، كما لو قتل المكره[٦] لأن فعل المكره انتقل إليه وصار المكره آلة له. ودليل انتقال الفعل: نقله عند إتلاف المال فوجب الضمان على المكره، وذلك؛ لأنه لو تركه[٧] وطبعه لم يفعل

(١) التلخيص الحبير ١/ ٢٨٢-٢٨٣، وقال: تكرر هذا الحديث في كتب الفقهاء والأصوليين بلفظ: «**رفع عن أمتي**» وقال: ولم نره بها في الأحاديث المتقدمة عند جميع من خرجه، وانظر الكامل في ضعفاء الرجل لابن عدي ٢/ ٥٧٣، بلفظ: «**رفع الله عن هذه الأمة ثلاثًا: الخطأ والنسيان والأمر يكرهون عليه**»، وقال عن حديث الكامل في التلخيص: وجعفر وأبوه ضعيفان.

(٢) في ب: لم يرد وقع صورة، ولعل الصواب لم يرد رفع صورة.

(٣) في ب: كونه.

(٤) في ب: الحرم المائم.

(٥) في أ: وأكل.

(٦) في ب: زيادة: «ثم القاتل هو المكره».

(٧) في ب: ترك وتركه.

وصار[1] كالسهم.

مالك: ق[2].

أحمد: ق[3].

التكملة:

لا نزاع في أنه قاتل، والقتل عبارة عن حركة حادثة في محل القدرة موقوفة على إرادة الفاعل، يدل عليه أن الزنى والقتل يحرمان[4] على المكره، وشرب الخمر، وإتلاف المال يجبان عليه، وكلمة الردة تباح له، والحكم لا يتعلق إلا بفعل فاعل مختار[5]، وكل فعل تسبقه[6] داعية من النفس والدواعي تختلف[7]، فإن[8] زادوا في حد القتل الموجب للقصاص الاختيار (قلنا: اعتبار صفة الاختيار)[9] بناء على أن القصاص عقوبة تستدعي[10] جناية والقصاص[11] عندنا عوض فلا يستدعي إلا إتلاف نفس

(١) في ب: فصار.
(٢) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٢، والشرح الصغير مع بلغة السالك ٢/ ٣٨٦.
(٣) هداية أبي الخطاب ٢/ ٧٧.
(٤) في ب: محرمان.
(٥) مختار: ساقطة من ب.
(٦) في ب: يسبقه.
(٧) في ب: يختلف.
(٨) في أ: بان.
(٩) هذه العبارة ساقطة من أ.
(١٠) في ب: يستدعي في جناية.
(١١) في أ: القصاص (بدون واو).

معصوم(١) . نعم، لم يجب على المخطئ (لأن جهة العوضية(٢) فيه للتشفي)، ولا يعقل التشفي من الخاطئ، ولو سلمنا أنه عقوبة فالجناية(٣) من المكره متكاملة، والمشقة إذا لم تنف التكليف لا توجب تخفيف الجناية كما لو فرّ من الصف(٤) ، ووجوب القصاص ليس باعتبار تحريم الفعل فلا يكون المبيح(٥) شبهة، ثم الإكراه لا يبيح القتل وإيجاب القصاص على المكره؛ لأنه قاتل(٦) بجهة أخرى.

* * *

(١) في أ: معلوم.
(٢) في ب: إلا في جهة العصوية فيه التشفي.
(٣) في ب: بالجناية.
(٤) في ب: السيف.
(٥) في ب: المسح.
(٦) في ب : قابل لجهة أخرى.

هوامش هذه المسألة:

قال ربيعة: قلت: لسعيد بن المسيب: كم في أصبع المرأة؟ قال: عشر، قلت: ففي أصبعين؟ قال: عشرين(١)، قلت: ففي ثلاث أصابع؟ قال: ثلاثين(١) قلت: ففي أربع؟ قال: عشرين(١)(٢).

قال ابن علية والأصم: دية الرجل والمرأة سواء(٣)، قال قوم: يعاقل الرجل المرأة ما دون ثلث الدية فإذا بلغت ثلث الدية عادت إلى النصف(٤).

قال أبو ثور: لا يجب القصاص ولا على المكره.

* * *

(١) الصواب: عشرون، ثلاثون.
(٢) بداية المجتهد مع الهداية في تخريج أحاديثها ٨/ ٥٠٧-٥٠٨، والبيهقي في سننه الكبرى ٨/ ٩٦، ومصنف عبد الرزاق ٩/ ٣٩٤.
(٣) مغني ابن قدامة ٧/ ٧٩٧، وحلية العلماء ٧/ ٥٤٤.
(٤) المنتقي للباجي ٧/ ٧٨، وبداية المجتهد مع الهداية ٨/ ٥٠٧، والمغني ٧/ ٧٩٧.

المسألة التاسعة والتسعون بعد المائتين: رصط[١] .

شهود القصاص إذا رجعوا وقالوا: تعمدنا قتل هذا المعصوم وقد قتل .

المذهب: وجب عليهم القصاص[٢] .

عندهم: ف[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

شهد رجلان عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة ثم رجعا وقالا: أخطأنا، السارق غيره فقال: «لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما»[٤] علق القطع على التعمد فينبغي إذا وجد أن يجب .

لهم: . . .[٥] .

---

(١) في ب والرقم الخاص من أ: ط؛ أي ٩ .

(٢) المهذب مع تكملة المجموع ١٧/ ٢٧٠، والوجيز ٢/ ١٢٢، والتنبيه ص ٢١٤، وروضة الطالبين ١١/ ٢٩٧، وحلية العلماء ٧/ ٤٧٠ .

(٣) تحفة الفقهاء ٣/ ١٠٤، ٣/ ٣٦٧، والإفصاح ٢/ ١٩٣، والوجيز ٢/ ١٢٢، ورءوس المسائل ص ٤٥٠ .

(٤) البخاري في صحيحه في الديات: باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم ٨/ ٤٢، وقال: قال مطرف عن الشعبي في رجلين . . .
وذكره في التلخيص الحبير ٤/ ١٩، وقال: وإسناده صحيح، وقد علقه البخاري بالجزم، وقال: ورواه الطبري عن بندار عن غندر عن شعبة عن مطرف نحوه .

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «إذا رجع الشهود بعد استيفاء القصاص أو قالوا: تعمدنا أو جاء المشهود بقتله حيًا فقال أبو حنيفة: لا قود عليهما وعليهما الدية مغلظة، وقال الشافعي وأحمد: عليهما القصاص، وقال =

الدليل من المعقول:

لنا:

قتله فوجب عليه[1] القود وذلك[2] لوجوب الدية المغلظة عليهم؛ ولأنهم أهدروا[3] دم المشهود[4] عليه وحركة اللسان إذا أفضت إلى القتل كحركة[5] اليد والسبب القوي ينزل منزلة المباشرة، والقتل موجود منهم إما حكمًا وإما حقيقة.

لهم:

القتل مباشرة (جزء الفعل[6]) مباشرة ولم يوجد ذلك؛ لأنه جزاء العدوان، والموجود منهم إيجاب فكيف يجازون عليه بالإيجاد؟ وقصارى ما نقدر أنهم مكنوا منهم كالممسك وكمن رفع (جنة المترس)[7].

مالك[8]:

أحمد[9]:

= مالك: يجب القصاص في المشهور عنه[1].

(١) في ب: عليهم.

(٢) في ب: ذلك.

(٣) في ب: أهدرا.

(٤) في ب: الشهود.

(٥) في ب: كحرمة.

(٦) في أ: والنفل.

(٧) في ب: حناه الترس.

(٨) الإفصاح ٢/ ١٩٣، وفيه: وقال مالك: يجب القصاص في المشهور عنه.

(٩) المقنع مع المبدع ٨/ ٢٤٧-٢٤٩، ويؤخذ منه وجوب القصاص عليهما.

---

(١) الإفصاح ٢/ ١٩٣.

التكملة:

نسوى[١] بينهم وبين المكره، وما قتله بحكم القتل بل بحكم السبب، ولذلك لو وقع القتل خطأ، والسبب عامد كما لو خيل إلى إنسان أن بين يديه صيدًا وأكرهه على الرمي، فكان آدميًا، قتل العامد المكره، والدليل على أن السبب[٢] سبب: ملقي الحية ومشلي[٣] الأسد.

عبارة: أحد موجبي التفويت فنيط[٤] بشهادة الزور قياسًا للقصاص على الدية المغلظة، لأن القصاص ضمان المحل كالدية والتفويت الحكمي كالحسي بدليل الأموال، أما لو عادوا قبل القتل فما فوتوا العصمة، ولو مات المشهود عليه، فما فات بجهة تفويتهم، ويدل عليه انتفاء الدية في هاتين الصورتين.



(١) في ب: يستوي.
(٢) في أ: النسب.
(٣) في ب: مثلي.
(٤) في ب: فسقط.

هامش هذه المسألة:

قال ربيعة: إذا أمسك رجل رجلاً فقتله آخر يقتل القاتل.

ويصير الصابر: أي يحبس حتى يموت[١].



(١) المغني لابن قدامة ٧/ ٧٥٥، وقال: هذا قول عطاء وربيعة، والأم ٦/ ٣٠، ولم يعزه، ورواه ابن حبان عن ابن جريج قاله لعطاء كما في كنز العلماء ١٥/ ٨٢، بنحوه، وذكره الدارقطني عن علي كما في كنز العمال ١٥/ ٨٢.

المسألة الثلاثمائة :ش[١] .

إذا ثبت[٢] القصاص بين صغار وكبار .

المذهب : لم يكن للكبار الانفراد باستيفائه[٣] .

عندهم : ف[٤] .

الدليل من المنقول :

لنا : . . .[٥] .

لهم :

قصة ابن ملجم[٦] ، . . . .

---

(١) في ب والرقم الخاص من أ : تي ؛ أي ١٠ .

(٢) في أ : ثلب .

(٣) الوجيز ٢/ ١٣٥ ، والأم ٦/ ١٣ ، وتخريج الفروع على الأصول ص ٣١٨ ، ومغني المحتاج ٤/ ٣٩ـ٤٠ .

(٤) تخريج الفروع على الأصول ص ٣١٩ ، والمختار مع الاختيار ٥/ ٢٨ ، والهداية مع البناية ١٠/ ٤٠ـ٤١ ، وتحفة الفقهاء ٣/ ١٠١ ، ورءوس المسائل ص ٤٦٢ .

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه : «لا يؤخر القصاص من أجل الصبي الغير[١] البالغ ولا المجنون عند أبي[٢] حنيفة ومالك ، وأما عند الشافعي وأحمد يؤخر حتى يفيق المجنون ويكبر الصغير ، وعن أحمد رواية أخرى كأبي[٣] حنيفة ومالك[٤] .

(٦) عبد الرحمن بن ملجم الخارجي قاتل الخليفة علي بن أبي طالب إذ ضربه في يافوخه بخنجر فتوفى إثر ذلك عام ٤٠ هجرية ثم قتل ابن ملجم بيد العدالة قصاصًا . العبر ١/ ٣٤.

---

(١) هكذا في أ، والصواب غير البالغ بدون : «ال» .

(٢) في أ : أبو وهو لحن .

(٣) في أ : كأبو وهو لحن .

(٤) الإفصاح ٢/ ١٩٥ـ١٩٦ .

وقتله الحسن[١] رضي الله عنه قصاصًا وفي الورثة صغار وكبار ولم ينكروا[٢] ذلك فكان إجماعًا، قال الشافعي: إن ابن ملجم قتل عليًا رضي الله عنه متأولاً فأقيد به[٣].

الدليل من المعقول:

لنا:

حق مشترك[٤] بين جماعة، فلا يجوز لأحدهم أن ينفرد باستيفائه كسائر الحقوق، وإذا انفرد الكبير فقد استوفى[٥] حقه وحق الصغير ولا ولاية له عليه، وحق القصاص يثبت للمقتول لأن سببه وجد في حقه، والقصاص أحد البدلين فالدية تثبت له ثم لورثته كذلك القصاص.

لهم:

حق لا يتجزأ[٦] ثبت بسبب لا يتجزأ، فثبت لكل واحد على الكمال، بيان عدم التجزئ أنه لا يتجزأ استيفاء، فلا يتجزأ ثبوتًا، فإذا استوفاه، فقد استوفى حقه، فلم يبق للآخر حق لفوات محل الحق وسببه القرابة وهي كاملة، ثم هو من جنس الولايات وهي للكبار فهي (كولاية النكاح)[٧].

---

(١) هو أبو محمد الحسن بن علي بن أبي طالب الهاشمي، سيد شباب أهل الجنة، سبط رسول الله ﷺ وريحانته من الدنيا، القرشي المدني الشهيد، ولد سنة ثلاث وتوفي سنة ٤٩ هـ ربيع الأول، والأكثر على أنه سنة خمسين. العبر ١/ ٣٩، وسير أعلام النبلاء ٣/ ٢٤، وما بعدها.

(٢) في ب: ينكر.

(٣) الوجيز ٢/ ١٦٥، ولم ينسبه للشافعي.

(٤) في أ: يشترك.

(٥) في أ، ب: استوفا.

(٦) في ب: يتجزى.

(٧) في ب: كالولاية كالنكاح.

مالك: ف[١] .

أحمد: ق[٢] .

التكملة:

طريقة[٣] السمعاني[٤] نسلم أن الحق لكل واحد كامل غير أنه بكل حال متحد والمتحد إذا أضيف جمعه[٥] إلى زيد خلا منه عمرو، فإذا انفرد باستيفائه جمع مع احتمال إضافته إلى شريكه ثبت شبهة عدم الاستحقاق فمنعت الاستيفاء الدليل عليه إذا عفا بعض الورثة أو كان بين حاضر وغائب، فإنه لا يستوفيه الحاضر خيفة أن يستوفي حقًا ساقطًا ليوهم عفو الغائب، وأما قتل ابن ملجم[٦] ؛ لأنه يسعى[٧] في الأرض فساداً[٨] ، ولعل اجتهاد الحسن رضي الله عنه أدى[٩] إلى ذلك، والحاصل أن القصاص عوض قابل للتجزي[١٠] ، والورثة يستحقونه إرثًا، والصبي أهل لاستحقاقه[١١]، فيلزم بهذه[١٢] المقدمات أنه شريك الكبير، والخصم ينازع في الجميع

(١) بداية المجتهد ٢/ ٣٠١-٣٠٢، وشرح منح الجليل ٤/ ٣٨٠.
(٢) المقنع مع المبدع ٨/ ٢٨٤.
(٣) في ب: طريق.
(٤) ستأتي ترجمته في وفيات سنة ٤٨٩ هـ (تفط).
(٥) في ب: جميعه.
(٦) ملجم: بياض في أ.
(٧) في أ: يبقى.
(٨) الفروع ٥/ ٦٥٩.
(٩) في أ: أدا.
(١٠) في ب: للجزى.
(١١) في أ: أهل استحقاقه.
(١٢) في ب: هذه.

ونقيس[١] القصاص على الدية، فإنها تثبت لهم بالوجه الذي ثبت[٢] به القصاص، والدليل على التجزئة العبد المشترك إذا قتل فإن القصاص لمالكه وتفرد[٣] عفو أحد الشريكين في نصيبه، ثم أهلية الصبي ظاهرة بدليل أنه يستحق الدية[٤]، وأما إنكار الإرث فيه فمحال بدليل أنه ثبت[٥] للوارث وتمنعه موانع[٦] الإرث.

* * *

(١) في ب: ويقيس.
(٢) في ب: يثبت.
(٣) وتعود.
(٤) الدية: ساقط من أ.
(٥) في ب: يثبت.
(٦) في ب: يمنعه.

هامش هذه المسألة:

إذا ثبت القصاص لصغير لم يكن لوليه استيفاؤه حتى يبلغ[١] خلافًا لهم[٢]، وسلموا[٣] أن الموصي لا يستوفي قصاص الصبي من النفس فنقيس[٤] عليه الطرف.

* * *

(١) الوجيز ٢/ ١٣٥.
(٢) المختار مع الاختيار ٥/ ٢٨.
(٣) في أ: ويسلموا.
(٤) في ب: فيتعين فيه.

اللوحة ٧٢ من المخطوطة أ :

«الشجاج[1] التي قبل الموضحة ليس فيها قصاص ولا تقدير، والموضحة فيها القصاص وأرشها خمس من الإبل نصف عشر الدية وما دونها لا قصاص فيه لكن أرش مقدر، وفي الهاشمة[2] عشر أبل، وفي المنقلة[3] خمسة عشر، والآمة ثلث الدية؛ لأنها جائفة، وكذلك الدامغة»[4]، فإذا كانت الشجة فوق الموضحة كان فيها القصاص في الموضحة وأخذ أرش ما بقي، ففي الهاشمة موضحة وخمس من الإبل، والمنقلة موضحة وعشر إبل، وفي الآمة يقتص موضحة ويأخذ الباقي[5] .

واعلم أنه إذا استوفى قطع اليد بآلة مسمومة فسرى السم إلى النفس فقد مات من سببين: القطع والسم، والقطع غير مضمون فيجب عليه نصف الدية .

واعلم أن في الموضحة[6] إن كانت في غير الرأس والوجه ففيها القصاص، ولا يجب المقدر بل حكومة، وإذا رماه بسهم فأنفذه فهما جائفتان[1] فيهما ثلثا الدية .

واعلم أن إذهاب البكارة ليست جائفة ، فإن كانت أمة وجب ما نقصت وإن كانت حرة ففيها حكومة، وإن كان بوطء إكراه فالمهر والحكومة، وإذا

---

(١) الشجاج: جمع شجة، وهي تختص بالوجه والرأس، وفي غيرهما تسمى جراحة ورجل أشج بين الشجج إذا كان في جبينه أثر الشجة. كما في أنيس الفقهاء ص٢٩٣ .

(٢) في ب: في الهاشمية يه من الإبل، وهذا خطأ ففيها ي أي ١٠ لايه = ١٥ .

(٣) في ب: النقلة .

(٤) التنبيه ص ٢٢٤ـ٢٢٧، والوجيز ٢/ ١٤١ـ١٤٦ .

(٥) المنهاج مع مغني المحتاج ٤/ ٢٨ .

(٦) في ب: «الموضحة» بدون: «في» .

قطع أذنيه فذهب سمعه فديتان، لأن منفعة السمع ليست في الأذن[١]، وهو كما لو قطع أنفه فذهب شمه، بخلاف اللسان فإن منفعة الكلام فيه.

واعلم أن في العقل الدية، فإن كان يجن يومًا ويومًا فنصف الدية وبحسابه[١] وفي الأجفان الأربعة الدية، إذا استؤصلت الشعر في العوالي ثلثا الدية، وفي الأسفلين الثلث، في الأهداب[٢] الحكومة، إن قطع الجفون مع الأهداب ففيها وجهان: أحدهما الدية حسب لأن الشعر إذا كان على العضو تبعه في الضمان، والثاني[٣]: تجب الحكومة في الشعر[١]، وفي الأنف الدية، وهي في المارن منه، وهو[٤] مارق دون القصبة[٥][١].

إن جنى[٦] على لسانه فأذهب بعض كلامه وزع الدية على الحروف[١] وهي ٢٨[٧] قال الاصطخري: الاعتبار[٨] بحروف اللسان، وفي كل سن خمس من الإبل فإن زادت على عشرين ففيها وجهان: أحدهما تجب الدية ولا يزاد عليها، والثاني تجب فيها حتى لب[٩] (٣٢) سنًا[١٠]، وحد اليد من الكوع، قال قوم: من المرفق، وفي أصبعه عشر من الإبل، وفي أنملة ثلاث وثلث وفي أنملة الإبهام خمس[١].

---

(١) التنبيه ص ٢٢٤-٢٢٧، والوجيز ٢/ ١٤١-١٤٦.

(٢) الإهداب: جمع هدب: وهو الشعر النابت على شفر العين كما في تحرير ألفاظ التنبيه ص ٣٠٧.

(٣) في ب: والناس.

(٤) الزاهر ص ٣٦٨.

(٥) في ب: القصة.

(٦) في أ: جنا.

(٧) في ب: كح؛ أي ٢٨.

(٨) روضة الطالبين ٩/ ٢٩٦-٢٩٧.

(٩) في ب: حق كب وهو سهو.

(١٠) روضة الطالبين ٩/ ٢٨١، والتنبيه ص ٢٢٤-٢٢٧.

واعلم أن الدية في قدم الأعرج[١] ويد الأعسم[٢] .

واعلم أن في ثدي الرجل حكومة، وفي ثدي المرأة الدية[٣] فإن صارت جائفة فالدية وثلثا الدية هذا في المرأة.

واعلم أن في الضلع جملاً[٤] ، إذا اصطدم[٥] الفارسان فماتا فعلى كل واحد منهما نصف دية صاحبه[٦] .

مسألة: يقطع طرف العبد بطرف العبد خلافًا لهم[٧] ، لنا أن كل شخصين جرى القصاص بينهما في النفس جرى القصاص بينهما في الطرف السليم كالحرين[٣] ، ولا يمنع من ذلك أن تساوي[٨] الحرين في الأطراف مقطوع به شرعًا بخلاف العبدين؛ لأنا في عبد قليل القيمة نقطع يد عبد كثير القيمة، وأخذ الناقص بالكامل جائز[٣] .

---

(١) الوجيز ٢/ ١٤٥ ، والزاهر ص ٣٦٨، وروضة الطالبين ٩/ ١٩٤ .

(٢) العسم: اعوجاج الرسغ من اليد عند ابن الأعرابي، وعند غيره: هو انتشار الرسغ، والمعنيان متقاربان، والرسغ: مفصل ما بين الكف والساعد كما في الزاهر ص٣٦٨.

(٣) التنبيه ص ٢٢٤-٢٢٧، والوجيز ٢/ ١٤١-١٤٦ .

(٤) في أ وب: جمل، وهو لحن، وانظر المسألة في الوجيز ٢/ ١٤٥ .

(٥) اصطدام الفارسين: أن يلتقيا في حموة الركض فيصدم كل واحد منهما صاحبه فربما ماتا ودوابهما من ذلك، وأصل الصدم: الضرب الشديد كما في الزاهر ص٣٧٠.

(٦) المهذب مع تكملة المجموع ١٧/ ٣٨٨، ومختصر المزني ص ٢٤٧، والتنبيه ص٢٢٢، والأم ٦/ ٨٥.

(٧) المختار مع الاختيار ٥/ ٥٣، والنتف ٢/ ٦٦٢ .

(٨) في أ: يساوي.

المسألة الحادية بعد الثلثمائة :شا[١] .

إذا قطع يميني رجلين .

المـذهـب : يقطع بمن بدأ به وبمن له القرعة إن قطعهما معًا ، وللآخر الدية[٢] .

عندهم : يقطع بهما ، ونؤخذ الدية لهما في الصورتين[٣] .

الدليل من المنقول :

لنا : . . .[٤] .

لهم : . . . .[٥] .

الدليل من المعقول :

لنا :

بعض اليد لا تستحق قصاصًا ابتداءً فلا تستحق إيفاءً[٦] ، فإنه لو قطع

---

(١) في ب والرقم الخاص من أ: يا = ١١ .

(٢) تخريج الفروع على الأصول ص ٣١٧ .

(٣) الكتاب مع شرحه اللباب ٣/ ٤٣ ، والمختار مع الاختيار ٥/ ٣١ ، والهداية مع البناية ١٠/ ٨٢ ، والمبسوط ٢٦/ ١٣٩ .

(٤) بياض في ب ، وجـ ، وبخط مغاير في أ ، ونصه : «إذا قطع يميني رجلين وطلبا القصاص فقال أبو حنيفة : تقطع يمينه لهما ويؤخذ منه دية أخرى لهما»[١] .

(٥) بياض في ب وجـ ، وبخط مغاير في أ ، ونصه : «وقال الشافعي تقطع يمينه للأول ويغرم الدية للثاني إن كان قطع واحدة بعد أخرى ، وإن كان القطع معًا أقرع بينهما»[١] .

(٦) في ب : آنفًا ، وفي جـ : ابقا .

---

(١) الإفصاح ٢/ ١٩٧ ، ووضعها في المخطوطة أ معكوس فما للشافعي في محل أبي حنيفة .

بعض يد لم تقطع بعض يده، والمحل مشغول بحق الأول لا يتسع للثاني أو لكل واحد لا بعينه، فيتعين بالقرعة والمحل مملوك للمستقص[١] بدليل أنه يعفو ويعارض.

لهم:

استويا في سبب الاستحقاق فاستويا[٢] في الاستحقاق كالشفعاء والورثة لأن الاستحقاق فرع على سببه[٣]، والقصاص إباحة فعل في المحل لا[٤] أنه يملكه بدليل أن[٥] ضمان يد الجاني لو قطعها أجنبي للجاني لا للمجني عليه، وحكم هذا وحكم الديات كحكم المباحات إنما يملك بالحيازة.

مالك[٦]:

أحمد[٧]:

التكملة:

عبارة: محل واحد فلا يضمن بالقصاص والدية لشخص واحد كالنفس والحكم مجمع عليه في النفس فعندنا يقتل بأحدهم وتؤخذ الدية

---

(١) في أ: للمشقص.
(٢) في أ: استويا.
(٣) في أ: شبهه.
(٤) في ب: لأنه.
(٥) أن: ساقطة من أ.
(٦) الإفصاح ٢/ ١٩٧، وفيه: وقال مالك: تقطع يمينه لهما، ولا يلزمه دية.
(٧) المغني لابن قدامة ٧/ ٧٠١، وقال: وإن قطع يميني رجلين، فالحكم فيه كالحكم في الأنفس أي يقاد لهما إن اتفقوا على القود، وإن أراد ولي الأول القود والثاني الدية أقيد للأول وأعطى أولياء الثاني ومثله العكس، والفروع ٥/ ٦٦٦.

للباقين، وعندهم يقتل بالجميع، والعلة أن القصاص والدية عوضان[١] مختلفان، ونسلم الاستواء[٢] في سبب الاستحقاق، وتوزع[٣] اليد في ذاتها لكن لا نسلم توزعها في الاستيفاء فإن كل جزء لا يتجزأ تأثر بفعل الجميع فلم يمكن أن يضاف البعض[٤] إلى أحدهم والصادر من كل واحد بعض القطع لا قطع البعض كما تقدم.

ونقول: الآدمي خلق معصومًا أو عصم بسبب فلا يخلو[٥] إما أن تكون[٦] سقطت عصمته لمعنى فيه، ولو كان كذلك كان لكل أحد قتله كالزاني المحصن[٧]، فبقي أنه سقطت عصمته، لأن ذمة المملوك للمجني عليه، فإذا ملكه[٨] الأول لم يتسع للباقي[٩]، فإن المبيع لا يباع.

* * *

(١) في ب وجـ: عرضان.
(٢) في ب: الاستوى.
(٣) في أ: ونوع.
(٤) في ب وجـ: النقص.
(٥) في ب وجـ: يخلوا.
(٦) في ب: يكون.
(٧) في ب: المحض.
(٨) ملكه في أ مشطوبة.
(٩) في أ: للثاني، وفي جـ كذلك.

* * *

المسألة الثانية بعد الثلثمائة : شب[١] .

شريك الأب .

المذهب : يجب عليه القصاص[٢] .

عندهم : ف[٣] .

الدليل من المنقول :

لنا :

ظواهر النصوص الدالة على إيجاب القصاص في العامد ، وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾[٤] دليل على أن كل واحد يؤاخذ بفعله لا بفعل شريكه .

لهم : . . .[٥] .

---

(١) في ب والرقم الخاص في أ : يب = ١٢ .

(٢) التنبيه ص ٢١٥ ، والمنهاج مع مغني المحتاج ٤/ ٢٠ ، وتخريج الفروع على الأصول ص ٣١٨ .

(٣) تحفة الفقهاء ٣/ ١٠٠ ، ورءوس المسائل ص ٤٦٠ ، ومختصر الطحاوي ص٢٣١ ، والمبسوط ٢٦/ ٩٤ .

(٤) سورة فاطر ، آية : ١٨ .

(٥) بياض في ب وجـ ، وبخط مغاير في أ ، ونصه : «ليس للأب أن يستوفي القصاص لولده الكبير اتفاقًا ، وهل له ذلك للصغير أم لا قبل بلوغه؟ قال أبو حنيفة ، ومالك : له ذلك سواء كان شريكًا له أم لا ، وقال الشافعي وأحمد : ليس له ذلك على كل حال»[١] .

---

(١) الإفصاح ٢/ ١٩٦ .

الدليل من المعقول:

لنا:

تم السبب في[١] الشريك فوجب عليه القصاص بدليل[٢] قيام السبب ما لو كان الشريك أجنبيًا، فإن القود يجب وما وجب بفعل غيره، وسبب الوجوب القتل العمد، وقد وجد منهما، نعم، تعذر[٣] استيفاء القصاص من الأب لأمر يعود إليه، فصار كما لو رميا إلى إنسان فقبل الإصابة مات أحدهما.

لهم:

زهقت الروح بفعلين[٤]: أحدهما موجب والآخر غير موجب، فلا يجب كشريك[٥] الخاطئ، لأن هذه شبهة تسقط لإيجاد القتل والمقتول فالقتل الموجود من أحدهما هو القتل الموجود من الآخر فيكون[٦] عين ما يوجب عين ما لا يوجب هذا محال، ودليل عدم الوجوب على الأب حرمة الأبوة.

مالك: ق[٧].

أحمد: ق[٨].

---

(١) في ب وجـ: من.
(٢) في ب وجـ: دليل.
(٣) في ب: تعد.
(٤) في ب وجـ: بفعل.
(٥) في أ: لشريك.
(٦) في أ: فتلون.
(٧) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٥.
(٨) هداية أبي الخطاب ٢/ ٧٨، وشرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٧٦.

التكملة:

يبحث عن وجه اعتبار السبب حالة الاشتراك فنقول: سبب القصاص أو الدية هو القتل إجماعًا، إذ[١] هو متحد بدليل اتحاد الأثر والمحل وقد صدر هذا الواحد منهما على معنى أن مجموع الفعل[٢] صار قتلاً واحدًا فالصادر من كل واحد بعض ما[٣] صار قتلاً[٤]، ودعوى كمال القتل من كل واحد منهما باطل ولو كان كذلك لوجب القصاص على شريك المخطئ، واتحاد المحل بعد كمال الجنايتين[٥] لا يورث شبهة كقذف شخصين لشخص، أو زنيتين بامرأة، فالسبب الكامل لابد منه في حق كل واحد وصار كالإيجاب والقبول لعقدين[٦]، فإضافة القتل إلى كل واحد على تقدير صدور الفعل منه فينبغي أن تكون جميع الأفعال بحيث لو صدرت من هذا الذي يوجب عليه القصاص لوجب ولا يستدعي إلا العمدية والعدوانية، وإما أن يمنع امتناع وجوب القود على الأب، بل نقول: وجب وسقط كما لو اشترى أباه أو سلم اندفاعه بعد انعقاد سببه[٧] أو اندفاعه مطلقًا لكن لمعنى في الفاعل لا

(١) في أ: أو.
(٢) في أ: التعليق.
(٣) بعض: ساقطة من أ.
(٤) في ب وجـ: فعلا.
(٥) في أ: الجانبين.
(٦) في أ: بعدين.
(٧) في أ: السببية.

هوامش هذه المسألة:

لا يقتل الأب بولده، ولا الجد بحافده قرب أو بعد لأم كان أو لأب، وكذلك الأم والجدات[١]، وإذا اشترك اثنان في قتل واحد فإن كان كل واحد منهما لو انفرد قتل به =

(١) التنبيه ص ٢١٣، وحلية العلماء ٧/ ٤٥٤.

في الفعل، بخلاف الخاطئ فإن الخلل في الفعل فلهذا يوصف به فيقال: قتل خطأ.

* * *

= قتلا[١]، وإن كان أحدهما لا يقتل لمعنى من فعله كالخاطئ لم يقتلا[٢] خلافًا لمالك[٣]، وإن كان لمعنى في نفسه فهو شريك الأب[٢].

قال المزني لمحمد: إذا كنت لا توجب على شريك الصبي؛ لأنه لا قلم عليه، فينبغي أن توجب القصاص على شريك الأب لأن القلم ليس بمرفوع عنه. فقال له: هذا إلزام العكس في العلة والجواب أن هذه مطالبة بتأثير العلة لأن العلة في الجنس كالحد له يجب أن يطرد[٤].

* * *

(١) مغني المحتاج والمنهاج ٤/ ١٢.
(٢) المنهاج مع مغني المحتاج ٤/ ٢٠.
(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٥.
(٤) الوجيز ٢/ ١٢٧، والمهذب مع تكملة المجموع ١٧/ ٢٤٦، ولم ينسباه وقد تبين فيهما أن شريك الصبي لا يقتل ويقتل شريك الأب.

المسألة الثالثة بعد الثلثمائة : شج[١] .

سراية القصاص .

المذهب : مهدرة[٢] .

عندهم : مضمونة[٣] .

الدليل من المنقول :

لنا : . . .[٤] .

لهم : . . .[٥] .

الدليل من المعقول :

لنا :

---

(١) الرقم الخاص من أ: يج أي ١٣ .

(٢) المهذب مع التكملة ١٧/ ٣٣٢-٣٣٣، وتخريج الفروع على الأصول ص ٣٣٤، والتنبيه ص ٣١٩ .

(٣) تحفة الفقهاء ٣/ ١٠٢ ، ورءوس المسائل ص ٦٥ ، ومختصر الطحاوي ص ٢٤٠ .

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه : «إذا قطع الإمام السارق فسرى ذلك إلى نفسه لا ضمان عليه باتفاق ، وأما إذا قطعه مستقص فسرى إلى نفسه فقال مالك والشافعي وأحمد : السراية غير مضمونة، وقال أبو حنيفة : السراية مضمونة يتحملها عاقلة المقتص»[١] .

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه : «وأما إذا قطع ولي المقتول يد القاتل فقال أبو حنيفة : إن عفا[٢] عنه الولي غرم بدية يده وإن لم يعف عنه لم يلزمه شيء، وقال مالك : تقطع يده بكل حال عفا[٢] عنه الولي أم لا ، وقال الشافعي : لا ضمان على القاطع ولا قصاص بكل حال»[١] .

---

(١) الإفصاح ٢/ ١٩٨ .

(٢) في أ: عفى .

قطع مشروع فلا تكون[١] سرايته مضمونة كقطع السرقة، بيان ذلك أن قطع اليد حقه، فلا يجب باستيفاء حقه ضمان عليه؛ لأنه مأذون فيه على الإطلاق بغير شرط، والسراية ليست فعله، فلا يكلف عدمها، والاحتراز عنها غير ممكن فقد تلفت نفسه في الوفاء بموجب الجناية[٢] فهدر كالسارق.

لهم:

قتل بغير حق فيكون مضمونًا، دليل الدعوى أن القتل قد وجد ولا يختلف بكون[٣] الفعل مأذونًا فيه كالمضطر في المخمصة، فإنه مأذون في تناول مال الغير ويضمن، فالإذن يسقط الإثم لا الضمان فإن[٤] المحل معصوم وحقه فيه القطع لا القتل.

مالك: ق[٥].

أحمد: ق[٦].

التكملة:

الموجود منه القطع حقيقة، فإنه إبانة[٧] المفصل وبأن صار قتلاً لا يخرجه عن كونه قطعًا فإن القطع أعم من القتل ويؤخذ[٨] في حده فهو بالحيوانية مع

(١) في ب: يكون.
(٢) في أ: الحياة.
(٣) في ب: فيكون.
(٤) في ب: وإن.
(٥) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٤.
(٦) هداية أبي الخطاب ٢/ ٨١، ومغني ابن قدامة ٧/ ٧٢٩.
(٧) في ب: إبانه.
(٨) في ب: يوجد.

الإنسانية، يدل عليه أن من ادعى أن فلانًا قطع يد عبدي وشهد له أحد الشاهدين بأنه قطع وشهد الآخر بأنه قتل لم يثبت دعواه، ولو شهد الآخر بأنه قطع وسرى ثبت القطع، ولو كانت السراية تبطل كونه قطعًا لبطلت الشهادة كالصورة الأولى، ومطلق القتل ليس سببًا للضمان بدليل قتل الإمام للسارق والزاني وكذلك الصائل[1] .

وبالجملة كل فعل كان مستحق الإيقاع في المحل إذا سرى كانت النفس مهدرة، وليس الفعل ذا جهتين قطع وقتل، بل فعل واحد له وصفان خاص وعام، فإذا أثبتنا حكمًا بأخص[2] وصفيه فقد أثبتنا الأعم.

ثم الهاشمة: وهي التي تهشم العظم[3] .

---

(١) في أ: الصايد.

(٢) في أ: ناقض.

هوامش هذه المسألة:

الشجاج:

الحارصة: التي تشق الجلد[1] شقًا من حرص القصار الثوب إذا قصره؛ لأنه يقشره[2]، ثم الدامعة[3] ، ثم الدامية وهي التي يخرج منها دم أكثر من الدامعة[3] ، ثم الباضعة: وهي التي تبضع اللحم أي تشقه بعد الجلد[2] .

ثم المتلاحمة: وهي التي أخذت في اللحم[2]، ثم السمحاق وهي التي وصلت إلى جلدة رقيقة بين اللحم والعظم، واسم الجلدة: السمحاق[2].

ثم الموضحة: وهي التي وضحت عن العظم[4] .

(٣) الزاهر ص ٢٦٣ـ٢٦٤، وأنيس الفقهاء ص ٢٩٤، والمطلع ص ٣٦٧.

---

(١) الجلد: ساقطة من أ.

(٢) الزاهر ص ٢٦٢ـ٢٦٣، وأنيس الفقهاء ص ٢٩٤ـ٢٩٥، والمطلع ص ٣٦٧.

(٣) في أ: الدامغة، وهي خطأ: وهي التي تدمع بقطرة دم كما في الزاهر ص ٢٦٣.

(٤) الزاهر ص ٢٦٣ـ٢٦٤، وأنيس الفقهاء ص ٢٩٤، والمطلع ص ٣٦٧.

ثم المنقلة: وهي التي تهشم العظم وتنقل منه ما رقّ[١].

ثم الآمة: وهي التي تبلغ أم الرأس، وهي المأمومة أيضًا، وأم الرأس هي الخريطة التي فيها الدماغ، وقيل: هي الدامغة، وقيل: الدامغة التي تخسف الدماغ ولا حياة بعدها[١]. وقد ذكرت الدامعة[٢] بعد الدامية؛ لأنها تدمع[٣] بعدما دميت، والموضحة أن تقرع العظم بالمرود[٤] إن كانت من الجسد.

* * *

(١) الزاهر ص ٢٦٣ ـ ٢٦٤، وأنيس الفقهاء ص ٢٩٤، والمطلع ص ٣٦٧.
(٢) في أ وب: الدامغة.
(٣) في أ: تدمغ.
(٤) في أ: والمرود.

* * *

المسألة الرابعة بعد الثلثمائة: شد[1] .

المماثلة في جهة استيفاء القصاص .

المذهب: معتبرة[2] .

عندهم: لا تعتبر ويقتصر على السيف[3] .

الدليل من المنقول:

لنا:

روي أن يهوديًا رضخ رأس جارية من الأنصار فرضخ رسول الله ﷺ رأس اليهودي بين حجرين[4] ، ونتمسك[5] بقوله تعالى: ﴿**وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا**﴾[6]، وقوله: ﴿**فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ**﴾[7] .

لهم:

قال النبي عليه[8] السلام: «**لا قود إلا بالسيف، ولا قود إلا بحديدة**»[9] .

---

(١) الرقم الخاص في أ: يد = ١٤ .

(٢) الوجيز ٢/ ١٣٦ ، والتنبيه ص ٢١٩ .

(٣) الكتاب مع اللباب ٣/ ٣٧، ورءوس المسائل ص ٤٦٧ ، والمبسوط ٢٦/ ١٢٣ .

(٤) سبق تخريجه في المسألة ٢٩٦ .

(٥) في ب وجـ: تمسك.

(٦) سورة الشورى، آية: ٤٠ .

(٧) سورة البقرة، آية: ١٩٤ .

(٨) في ب وجـ: ﷺ .

(٩) سبق تخريجه في المسألة ٢٩٦ .

الدليل من المعقول:

لنا:

الواجب يسمى باسم القصاص وهو ينبئ[١] عن المماثلة؛ لأنه من اقتصاص الأثر، وكما تعتبر[٢] المماثلة في الأصل تعتبر في الوصف[٣].

لهم:

القطع إذا سرى صار قتلاً وسقط حكم الطرف، دليله قتل الخطأ، فإنه إذا قطع يده[٤] وسرت[٥] وجب عليه الدية وسقط أرش اليد فقد تعدى[٦] عليه بجرح قاتل، فلا يستوجب إلا القتل، لأن القطع الساري قتل من أوله.

مالك: ق[٧].

أحمد: ف[٨].

التكملة:

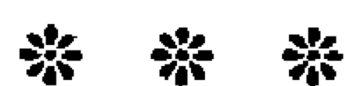
الحاصل أن كلاً يدعي أن المماثلة المشروطة في القصاص متحققة في مذهبه، فنحن ندعي أنا نقابل الفعل بالفعل، وهم يدعون أنا لو فعلنا ذلك ولم يمت احتجنا إلى حز[٩] رقبته، وهذه زيادة على الفعل، فنقول: القتل

---

(١) في ب وجـ: يبنى.
(٢) في ب: يعتبر.
(٣) في ب وجـ: الأصل.
(٤) في ب وجـ: قطع يده خطأ.
(٥) في ب: أو سرق، وفي جـ: أو سرت.
(٦) في أ وب وجـ: تعدا.
(٧) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٢.
(٨) مغني ابن قدامة ٧/ ٦٨٨، والفروع ٥/ ٦٦٣.
(٩) في ب: اخر.

حصل بالسراية وهو أشد من قتل الصبر، فلا يحصل به تمام التشفي، وتوقع[١] الزيادة في ثاني الحال لا يمنع اعتبار المماثلة، فإنا نقطع طرف القاطع[٢] مع إمكان السراية، وأما الجائفة، وأمثالها إذا لم (تسر[٣] لم نعتمدها فكذلك) إذا سرت، وإنما جاز للولي العدول إلى حز الرقبة لكونه أخف.

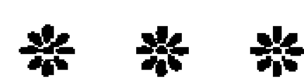
وبالجملة: الرقبة أحد الأطراف والمقصود القتل فمن أي طرف (حصل كان)[٤].



(١) في ب: يوقع.
(٢) طرف القاطع: ساقطة من أ.
(٣) في ب وجـ: لم يسر لم يعتمدها كذلك.
(٤) في ب وجـ: حصله جاز.

هامش هذه المسألة:

قال ابن المسيب: في الضواحك خمس[١]، وفي الضرس بعيران[٢].
عن عمر رضي الله عنه: في الخنصر ست، البنصر تسع، الوسطى عشر (المسبحة ستة عشر[٣]، الإبهام ثمانية عشر)[٤].



(١) المحلى ١٢/ ١٢٥-١٢٦، وفيه قضى فيما أقبل من الأسنان بخمسة أبعرة.
(٢) المحلى ١٢/ ١٢٦، ونسبه لسعيد.
(٣) في ب: المسبحة يب (١٢)، والإبهام يج (١٣)، وهو أقرب لأن مجموعها يصير ٥٠ بعيراً، وكما في حلية العلماء ٧/ ٥٧٣.
(٤) المحلى ١٢/ ١٦٨، وفيه قضى في الإبهام والتي تليها نصف دية اليد، وفي الوسطى عشرة أبعرة.

المسألة الخامسة بعد الثلثمائة: شه[١].

مستحقّ القصاص في النفس إذا قطع الطرف وعفا عن النفس.

المذهب: لم يلزمه أرش اليد سواء وقف القطع أو سرى[٢].

عندهم: إن وقف ضمن، وإن سرى لا يضمن، والضمان بالدية[٣].

الدليل من المنقول:

لنا: ...[٤].

لهم: ...[٥].

الدليل من المعقول:

لنا:

يد قطعت على وجه[٦] الإهدار فطريان العاصم لا يرد ذلك مضمونًا

---

(١) الرقم الخاص في أ: يه، أي ١٥.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع ١٧/ ٣٦٣.

(٣) تحفة الفقهاء ٣/ ١٠٢.

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «هل يستوفى القصاص فيما دون النفس قبل الاندمال أو بعده؟ فقال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد: لا يستوفى إلا بعد الاندمال، وقال الشافعي: يستوفى في الحال»[١].

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «قال أبو حنيفة: لا يكون القصاص إلا بالسيف سواء قتل به أو بغيره، وقال مالك والشافعي: يقتل بمثل ما قتل به، وعن أحمد: روايتان كالمذهبين»[١].

(٦) في ب وجـ: حكم.

---

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٩٩.

كالمرتد، قد استوفى بعض حقه وأسقط[١] البعض، فلا يلزمه الضمان، كما لو استحق القصاص في الطرف فقطع أنملة وعفا ذلك، لأن النفس هذه الجملة يدل عليه أنه لو شهد[٢] له بالقصاص فقطع الطرف ثم عاد الشاهد ضمن ولولا أنه أثبت حقًا في الطرف لما ضمن.

لهم:

تعدى بقطع الطرف فضمنه كما لو قطعه ابتداءً، ذلك لأن القطع غير القتل، ولو أن من له القصاص طالب من عليه القصاص بأن يمكنه من قطع يده لم يلزمه ذلك، ولو أن شفيع شقص ذي شجر قطع بعض الشجر ونزل عن الشفعة ضمن الشجر، ولو لم ينزل لم يضمن.

مالك: يجب على الولي القصاص في اليد[٣].

أحمد: تلزمه الدية عفا أو لم يعف[٤].

التكملة:

مسألة المرتد لازمة لهم، ولا فرق بينها وبين مسألتنا إلا في أن المرتد مهدر على العموم، وهذا على الخصوص لمستحق القصاص، ثم لو كان معصومًا لوجب الضمان، وإن حز[٥] الرقبة بعده، وآكد من ذلك إذا اندمل وحز بعد ذلك، واليد عندكم معصومة، وإنما لم تهدر لضرورة الاتصال بالبدن عند القتل، وهاهنا هي غير متصلة فهو كما لو قطعه أجنبي لم يكن

(١) في ب: فأسقط.
(٢) في أ: شهد بالقصاص.
(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٧.
(٤) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ١٩٨.
(٥) في ب وجـ: فإن جزا.

لصاحب قصاص النفس أن يضمنه، يدل عليه أنه لو قطع طرف إنسان ثم استحق نفسه لم يسقط ضمان القطع، وقد صارت اليد إلى حالة لو بقيت لكان يستوفيها ولكن[١] لما قطع وبقي على حكم العصمة لم يؤثر فيه ما طرا[٢]، وأما مسألة الشفعة لا نسلم بل يجب الضمان بكل حال، وإن سلم، فهو مخير في طريق الضمان؛ لأنه إذا بدل الثمن[٣] بالثمن بدل جميع الدار بأجزائها، وقد أثبت له الشارع هذه[٤] الخيرة أن يضمن بالقيمة إن لم يأخذ وبالثمن أن أخذ، وبالجملة: القطع واقع على وجه الإهدار فلا يعود مضمونًا.

* * *

(١) في أ: وللن.
(٢) في ب وجـ: طرى.
(٣) في ب وجـ: اليمين فاليمين.
(٤) في أ: غده.

* * *

اللوحة ٧٣ من المخطوطة أ :

ما دون أرش الموضحة يضرب على العاقلة[١] خلافًا له[٢] ، فنقول : ضرب الدية على العاقلة، وإن كان على خلاف القياس، فقد المعنى المقتضي للاستيفاء والخلاف في تعيينه فاعتقد الخصم أن المعنى فيه التخفيف في حق القاتلين؛ لأنهم كانوا أحلاس[٣] السلاح فكثر وقوع القتل الخطأ بينهم فلو ضرب الجميع على الخاطئ لكفوا عن حمل السلاح وبادت[٤] الحوزة بذلك فضرب بعض الدية على العاقلة، وهذا مذهبهم، وهذا المعنى يقتضي تحمل الدية عند كثرة المال، أما إذا قل فلا يثقل على الجاني، والتقدير أخذناه من الشرع في الجنين، وذلك خمس[٥] إبل فهو أول[٦] الكثرة، وأما معتقدنا فهو أن تحمل العاقلة لشرف القتل مبالغة في صوته، ولا يخفى أن المال المضروب على الجماعة[٧] أنص ولم يضرب على الجاني لتتحد جهة الوجوب وجهة الاستيفاء وهذا المعنى ضرب الكل على العاقلة كثيره وقليله، وما تخيلوه لا ينتظم، فإن القلة والكثرة تختلف باختلاف الغنى[٨] والفقر، ثم القليل إذا توالى صار[٩] كثيراً، ثم نسألهم عن الضابط فإن قالوا: كل قليل يبقى عليه[١٠] وكل كثير يضرب عليهم، بطل لما ذكرناه من اختلاف القلة والكثرة

(١) حلية العلماء ٧/ ٥٩٠، والأرش: دية الجراحات كما في المغرب ١/ ٣٥.
(٢) النتف في الفتاوى ٢/ ٦٦٩.
(٣) أحلاس السلاح: المقتنون لها وملازموها، كما في الصحاح ٣/ ٩١٩.
(٤) في ب: وتاذن.
(٥) في ب: خمسة.
(٦) في ب: أو الكثرة، وفي أ، مطموس أولها.
(٧) في ب: الجملة.
(٨) في ب: المعنى.
(٩) صار: ساقطة من ب.
(١٠) في أ: تبقى علته.

بالأشخاص.

فإن قالوا: أقل مقدر شرعًا، بطل بدية أنملة واحدة، فإنهم لا يرون تحمل ذلك، فإن قالوا: بدل النفس يتحمل وما دونه فلا يبطل[١] ببعير[٢] واحد تجب قيمة عبد، فإن قالوا: هو بدل نفس نصًا، قلنا: باطل بأرش الموضحة، فإن قالوا: هو مثل بدل النفس، بطل بجراحة توجب بعيراً[٣] فإنه مثل بدل نفس العبد، فلا[٤] يستقر قدمهم في مقام التقدير.

مسألة: يجرى القصاص بين الذكور والإناث في الأطراف[٥] خلافًا لهم[٦].

لنا: أن كل قصاص ثبت بين الذكور ثبت بين الذكور والإناث كالنفس، ولا أثر لقصورهن عن رتبة العدالة، فالعدل يقاص الفاسق واختلاف المنافع لا عبرة[٧] به والمكاتب يقاص الحر، وإنما لم يقطع اليمين باليسار لاختلافهما نوعًا، ثم تبطل بيد الأعسر تعمل عمل اليمين[٨] ولا تقطع[٩] بها.

مسألة: إذا حبس صغيراً في بيت فلدغه حيوان فمات لا يضمنه[١٠]

---

(١) يبطل: بياض في أ.
(٢) في ب: بتغير.
(٣) في ب: نفيراً.
(٤) في ب: ولا.
(٥) مغني المحتاج ٤/ ٢٥، وحلية العلماء ٧/ ٤٧٢.
(٦) تحفة الفقهاء ٣/ ١٠٤، والنتف في الفتاوى ٢/ ٦٦١، والهداية ١٠/ ٦٣.
(٧) في أ: لا غير.
(٨) في ب: اليمنى.
(٩) في ب: يقطع.
(١٠) حلية العلماء ٧/ ٤٦٥.

خلافًا لهم[١] . لنا: هو أن[٢] ما لا يضمنه إذا مات حتف أنفه لا يضمنه إذا مات لديغًا[٣] كالوديعة والحر الكبير، ونفرض في حر حبس في بيت مظلم بحيث لا يمكنه الاحتراز عن الحيوان، ويفارق حفر البئر، فإنه يستوي فيه الصغير والكبير.

مسألة: إذا مات القاتل وجبت الدية للولي[٤] خلافًا لهم[٥] ، والفقه فيه أن القود حق ثابت يسقط برضا[٦] صاحبه فإذا مات رجع إلى البدل كما لو عفا أحد الشريكين.

مسألة: إذا قطع يد رجل ذات خمسة[٧] أصابع ويد القاطع ذات أربعة أصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء اقتص وأخذ أرش الأصبع وإن شاء عفا وأخذ دية اليد[٨] . قال أبو حنيفة: إن شاء أخذ الدية، وإن شاء اقتص ولا يأخذ الأرش[٩] . لنا أن الإصبع مقصودة بالقصاص والأرش، فإذا وجب القصاص عند وجوده وجب الأرش عند عدمه كما لو قطع أصبعين لرجل وللقاطع[١٠] أحدهما، والاعتبار باستيفاء الحق لا بوضع السكين حيث وضعها الجاني[٨] .

---

(١) حلية العلماء ٧/ ٤٦٥.
(٢) أن: ساقطة من ب.
(٣) في ب: أربعًا.
(٤) المهذب مع تكملة المجموع ١٧/ ٣٤٩.
(٥) البناية والهداية ١٠/ ٨٠.
(٦) في أ، ب: برضى.
(٧) في أ: خمس.
(٨) في أ: أربع.
(٩) روضة الطالبين ٩/ ٢٠٢، والمذهب مع تكملة المجموع ١٧/ ٢٩٩، وحلية العلماء ٧/ ٤٧٩-٤٨٠.
(١٠) المبسوط ٢٦/ ١٤٣-١٤٤.

المسألة السادسة بعد الثلثمائة: شو[١].

إذا قطع أحدهما من الكوع والآخر من المرفق.

المذهب: وجب القصاص عليهما[٢].

عندهم: يجب على الثاني دون الأول[٣].

الدليل من المنقول:

لنا: ...[٤].

لهم: ...[٥].

(١) في ب: والقاطع.
(٢) في ب والرقم الخاص في أ: يو؛ أي ١٦.
(٣) روضة الطالبين ٩/ ٢٣٢، وحلية العلماء ٧/ ٥١٦.
(٤) حلية العلماء ٧/ ٥١٦، ونسبه لأبي حنيفة.
(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «إذا عفا[١] الولي عن الدم عادلاً عن القصاص إلى أخذ الدية بغير رضا[٢] الجاني، وقال الشافعي وأحمد: له ذلك على الإطلاق من غير تقييد برضا الجاني، وعن مالك كالمذهبين، والله سبحانه[٣] أعلم».
(٦) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «إذا عفت امرأة من الأولياء فقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد: يسقط القود، واختلف عن مالك هل للنساء مدخل في الدماء أم لا، عنه ليس لهن مدخل فيه، وعنه إذا كان لهن مدخل يكون في القود دون العفو، والله أعلم»[٣].

(١) في أ: عفى.
(٢) في أ: برضى.
(٣) الإفصاح ٢/ ١٩٤-١٩٥ بتصرف.

الدليل من المعقول:

لنا:

اشتركا في سبب القصاص فوجب القصاص عليهما كما لو اختلف المحل، ذلك لأن السبب هو الجرح المفضي إلى الزهوق، وإنما صار سببًا لما يحدث من الألم، ولاشك أن الأول ضعفت به الروح حتى لا تحتمل[1] قفل الثاني.

لهم:

القاتل هو الثاني فلزمه القصاص كما لو قطع الأول اليد وحز الثاني الرقبة ذلك لأن الفعل الأول انعدم بانعدام محله، ولهذا يعالج اللدغ[2] بقلع محل اللدغة[3]، يدل عليه ما لو اندمل الموضع وقطع الثاني، فإنه لا يقتل الأول وإن كان أثر الألم باقيًا.

مالك:

أحمد: ق[4].

التكملة:

حاز الرقبة ما قتل بتراكم الألم بل بفعل جديد مستقل، أما هاهنا فالأول نزف من الدم ما أوهى به القوة فضعفت الأعضاء لذلك، ثم هذا الجارح

---

(١) في ب: يحتمل.
(٢) في ب: الملدوغ.
(٣) في ب: اللذعة.
(٤) المغني مع الشرح الكبير ٩/ ٤٤٨.

الثاني أضاف ألمًا إلى ألم فزهقت النفس بالفعلين وهذا معروف(١) من مجاري العادات، وكذلك نقول: بعد(٢) الاندمال إن كان بحيث يمكن إضافة الموت إلى الأول وكما أن الأول غير مستقل فالثاني غير مستقل.

* * *

(١) في ب: معلوم.
(٢) في ب: نعد.

* * *

المسألة السابعة بعد الثلثمائة: شز[١].

مباح الدم إذا التجأ[٢] إلى الحرم.

المذهب: لا يعصمه[٣].

عندهم: يعصمه[٤] (ولكن أُلجئ إلى الإخراج)[٥].

الدليل من المنقول:

لنا:

قال النبي عليه السلام: «**الحرم لا يعيذ[٦] عاصيًا ولا فارًا بخربة[٧] ولا دم**»[٨].

لهم:

قوله تعالى: ﴿**أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا...**﴾ الآية[٩]، والأمن إنما يكون للخائف، وقوله تعالى: ﴿**وَمَن دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا**﴾[١٠] إشارة إلى من

---

(١) في ب والرقم الخاص في أ: يز؛ أي ١٧.

(٢) في أ، ب، جـ: التجى.

(٣) نهاية المحتاج ٧/ ٢٨٨، ومغني المحتاج ٤/ ٤٣، وفتح الباري ٤/ ٤٥.

(٤) عمدة القاري ٢/ ١٤٣، والإشراف ٢/ ١٨٨.

(٥) ما بين القوسين ساقط من ب وجـ.

(٦) في أ: يفيد، وفي ب: نعمد، ومعنى: يعيذ: يجير ويعصم كما في فتح الباري ٤/ ٤٤.

(٧) في أ: بجزية، والخربة: البلية، وقيل: العيب، وقيل: العورة، وقيل: الفساد، وقيل: السرقة كما في فتح الباري ٤/ ٤٥.

(٨) البخاري في صحيحه في العلم: باب ليبلغ العلم الشاهد الغائب ١/ ٣٤.

(٩) سورة العنكبوت، آية: ٦٧.

(١٠) سورة آل عمران، آية: ٩٧.

يعقل.

الدليل من المعقول:

لنا:

وجد سبب القتل ووجب فاستوفى كالطرف، فلو منع مانع كان لحرمة الحرم ولا يجوز أن يكون مانعًا، لأنا إنما[1] نستوفي بإذن الله حق الله أو حق عبده وطاعة أمر الله تعظيمًا لله.

لهم:

الحرم بقعة جليلة ميزت عن سائر البقاع بالإضافة إلى الله تعالى، فإذا أفادت الملتجئ أمانًا كان مناسبًا، اعتبر ذلك بالشاهد من دور الملوك ولذلك يعصم الصيد فالآدمي أولى؛ لأن الإباحة في الآدمي عارضة، وفي الصيد أصلية، وإنما لم يعصم الطرف لأنا ننحو[2] به نحو الأموال[3]، ولم يعصم من قتل فيه؛ لأنه خرق الحرمة.

مالك: ق[4].

أحمد[5]:

---

(١) في ما: اما.
(٢) في ب: ننحوا به.
(٣) في ب: الامال.
(٤) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٨، والتفريع ٢/ ٢١٧.
(٥) الإقناع ٤/ ٢٤٩، ونصه: «ومن قتل أو قطع طرفًا، أو أتى حدًا خارج حرم مكة ثم لجأ إليه، أو لجأ إليه حربي أو مرتد لم يستوف منه فيه ولكن لا يبايع ولا يشارى ولا يطعم ولا يسقى. . . ، ويهجر فلا يكلمه أحد حتى يخرج. . . فإذا خرج أقيم عليه الحد، فإن استوفى ذلك منه في الحرم فقد أساء ولا شيء عليه»، والمنح الشافيات ٢/ ٦٢٨.

التكملة:

نحن[1] لا نمنع أن للحرم حرمة غير أن الحق الثابت يناسب إطلاق الاستيفاء ولو قتل في الحرم وقع مستحقًا بلا خلاف، ولا يأثم المستوفي للقتل[2] من حيث إنه استوفى[3] حقه، نعم يأثم بهتك الحرمة كالمصلي في دار مغصوبة، وكذلك الحامل الجانية يمتنع قتلها لا[4] لأجل استيفاء القصاص، بل لمكان الولد، فمن اشتغل[5] بإثبات[6] قيام الحق وجواز الاستيفاء ونفي[7] الإثم كان عادلاً عن[8] نهج الكلام، فالإنصاف أن هذا يقتل اجتمع فيه معنيان: مطلق ومانع، فعصمة النفوس مطلقة والبقعة مانعة، لكنا نرجح الإطلاق لأن حق العبد[9] شرع لنفعه[10] ومصلحته، والله تعالى مستغن عن الحقوق، وحق العبد مبني على الشح[11]، وحق الله[12] على المساهلة، فتقديم حق العبد لحاجته لا لشرفه، ويتأيد بمن اجتمع عليه قصاص وحد، فإنه يقدم القصاص، وأما الصيد، فلا حق فيه لأحد قبل الحيازة ويلزمهم الطرف.

---

(١) نحن: زيادة من ب وجـ.

(٢) في ب: القتل.

(٣) في ب وأ: استوفا.

(٤) في أ: قتلها لأجل، بسقوط لا النافية.

(٥) في ب وجـ: استعد.

(٦) في ب: بإثباب.

(٧) في ب: بقي.

(٨) في ب: على.

(٩) في ب: العقد.

(١٠) في ب: لنفعة.

(١١) في ب: الفسخ.

(١٢) في ب: وحق الله تعالى.

المسألة الثامنة بعد الثلثمائة: شح[(١)] .

دية اليهودي والنصراني الذمة .

المذهب: ثلث[(٢)] دية المسلم، والمجوسي ٨٠٠ درهم[(٣)] .

عندهم: مثل دية المسلم[(٤)] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قال النبي عليه السلام: «**في النفس المؤمنة مائة من الإبل**»[(٥)]، خص المؤمنة بكمال الدية، وروي أن عمر رضي الله عنه قضى في دية اليهودي والنصراني بأربعة آلاف[(٦)] ، ودية المجوسي ثمانمائة درهم[(٧)] .

لهم:

قوله تعالى: ﴿**وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ**﴾[(٧)]، كما قال في حق المسلم: ﴿**وَدِيَةٌ**[(٩)] **مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ**﴾[(٨)] ، وروي

(١) في ب وخاص أ: يح؛ أي ١٨ .
(٢) في ب: مثل .
(٣) في أ: دراهم، وانظر: التنبيه ص ٢٢٣ .
(٢) الهداية مع البناية ١٠/ ١٣٤، والمبسوط ٢٦/ ٨٤ .
(٥) مالك في موطئه: كتاب العقول: باب ذكر العقول ٢/ ٨٤٩، عن عمرو بن حزم بلفظ: «**إن في النفس مائة من الإبل**». وبدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن ٢/ ٢٦٠-٢٦٢، باب جامع دية النفس وأعضائها .
(٦) عبد الرزاق في مصنفه ١٠/ ٩٣، باب دية أهل الكتاب، والدارقطني في سننه ٣/ ١٣٠، ٣/ ١٤٦ .
(٧) درهم: ساقطة من أ، وانظر: مصنف عبد الرزاق: باب دية المجوسي ١٠/ ٩٥، والدارقطني في سننه ٣/ ١٣٠، ٣/ ١٤٦ .
(٨) سورة النساء، آية: ٩٢ .
(٩) في أ، ب: فدية، وهو يخالف المصحف .

أن النبي عليه السلام ودى قتل عمرو بن أمية بدية حرين[١]، وروى عبادة قوله عليه السلام: «**دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم**»[٢].

الدليل من المنقول:

لنا:

نقص الكفر أعظم من نقص الأنوثة وأولى بالنقصان، ذلك لأن القياس يقتضي[٣] أن لا يضمن الآدمي[٤] بالمال لعدم المماثلة، وإنما ضمن بالنص فاقتصر عليه، وعلل بالشرف، والشرف قيامه بما خلق له من العبادة.

لهم:

حر ذكر فأشبه المسلم، ذلك لأن الدية بدل النفس، وكماله[٥] بكمال النفس وكمالها بكمال المالكية التي اختص بها من بين سائر الحيوانات وهي مالكية المال والنكاح.

مالك: وافق في المجوسي[٦]، وفي الباقين نصف الدية[٧].

---

(١) ذكره في المبسوط ٢٦/ ٨٥، عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ ودى العامريين اللذين قتلهما عمرو بن أمية الضمري وكانا مستأمنين عند رسول الله ﷺ بدية حرين مسلمين.

(٢) الطبراني في الأوسط عن ابن عمر كما في كنز العمال ١٥/ ٥٤، بلفظ: «**دية الذمي دية المسلم**»، وابن خسرو في مسند أبي حنيفة كما في كنز العمال ١٥/ ١٠٤، بلفظ المخطوطة، وجامع المسانيد ٢/ ٥٨٧، بلفظ: «**دية أهل الذمة مثل دية الحر المسلم**» عن الزهري عن أبي بكر وعمر.

(٣) في ب: يقضي.

(٤) في ب: الأدنى.

(٥) في ب وجـ: وكماله بكمال النفس مكررة.

(٦) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٩٢.

(٧) القوانين الفقهية ص ٢٢٨، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٩١، والتفريع ٢/ ٢١٦.

أحمد: إذا قتلا عمداً فالدية، وإن قتلا خطأ فنصف الدية[١].

التكملة:

التضمين من آثار العصمة وقد افترقا فيها، لأن العاصم في حق المسلم إسلامه، وهي معنى ذاتي، وفي حق الذمي الأمان وهو معنى عرضي، فالمسلم معصوم بعينه[٢]، والذمي معصوم لغيره، والمعصوم لغيره يقدر[٣] في ذاته، ثم كمال دية الإنسان بكماله[٤] وكمال كل شيء ببلوغ ما خلق له والآدمي خلق للعبادة المكتسبة بكمال العقل الذي به يتحمل الأمانة، ولذلك نقص بدل[٥] الأنوثة لنقصان عقل الأنثى، وبدل الجنين حيث لم تكمل[٦] بنيته، وإنما لم ينقص بدل الصبي لقربه من رتبة الكمال، ونقص المجنون عارض يرجى[٧] زواله، وهذه الرتبة[٨] نقص عنها الكافر فنقصت ديته، ويجوز أن يظهر أثر الكفر في الدنيا والآخرة بدليل ضرب الجزية والذل بالرق، فإذا ثبت أصل التفاوت، فالتقدير تلقيناه من الأثر المروي عن عمر أمير المؤمنين رضي الله عنه.

---

(١) المغني ٧/ ٧٩٣، وفيه: ودية الحر الكتابي نصف دية الحر المسلم، ٧/ ٧٩٦، ونصه: «ودية المجوسي ثمانمائة درهم»، وهداية أبي الخطاب ٢/ ٩٣، وفي أ ممسوحة لم يظهر منها سوى: خطأ فنقصت الدية.

(٢) في ب وجـ: لعينه.

(٣) في ب: نقدر، وفي أ: هدر.

(٤) في ب: برد كماله.

(٥) في ب: بدن نونه.

(٦) في ب وجـ: يكمل.

(٧) في أ: يرجا.

(٨) في أ: الرتب.

المسألة التاسعة بعد الثلثمائة: شط[١] .

إفساد منابت الشعور الخمسة .

المذهب: لا يوجب كمال الدية[٢] .

عندهم: ف[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿ **أَلَهُمْ أَرْجُلٌ يَمْشُونَ بِهَا...** ﴾[٤] الآية . عدد المنافع المنعم[٥] بها على الآدمي ولم يذكر الجمال .

لهم:

قوله تعالى: ﴿ **وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً** ﴾[٦] ، فرق بين المنفعة والزينة، وقال: ﴿ **وَلَكُمْ فِيهَا جَمَالٌ حِينَ تُرِيحُونَ** ﴾[٧] .

الدليل من المعقول:

لنا:

لم يفوت إلا مجرد جمال فلم تجب عليه الدية كحلق شعر الصدر، ذلك لأن القياس يقتضي أن لا يجب في الأبعاض ما يجب في الجملة، وليس

---

(١) في ب وخاص أ: يط، أي ١٩ .

(٢) الوجيز ٢/ ١٤٣، وحلية العلماء ٧/ ٥٨٠ .

(٣) الهداية مع البناية ١٠/ ١٤٢-١٤٩ .

(٤) سورة الأعراف، آية: ١٩٥ .

(٥) في ب: للمنعم .

(٦) سورة النحل، آية: ٨ .

(٧) سورة النحل، آية: ٦ .

الجمال مثل المنفعة فيلحق بها والقوام[١] بالمنافع لا بالجمال.

لهم:

فوت الجمال على الكمال فيلزمه[٢] كمال الدية كما لو قطع الأذن الشاخصة[٣] ومارن الأنف، ونفرض في الأصم والأخشم[٤]، ذلك لأن الجمال مطلوب كالمنفعة، والرغبات متوجهة إليه، والمال يبذل فيه وهذا يناسب إيجاب الدية كالمنفعة.

مالك: ق[٥].

أحمد: ق[٦].

التكملة:

أصل الضمان متفق عليه، والنزاع في التقدير ولا نص[٧] فيه ولا يمكن رده إلى الأصل لأن المعنى في الأصل لا يناسب تعيين مقدار[٨] فامتنع إثباته.

أما الحكومة في تقويم يختلف باختلاف الصفات فلا تفتقر إلى نص (والشارع[٩] نزل) الأطراف منزلة النفس لأن بها بقاءها[١٠]، ونمنع[١١]

(١) في أ: والتزام المنافع، وهو خطأ.
(٢) في ب: ولزمه.
(٣) الشاخصة: المرتفعة، كما في البناية ١٠/ ١٤٣.
(٤) الأخشم: الذي لا يجد ريح شيء، وهو في الأنف، بمنزلة الصمم في الأذن.
(٥) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٨٩.
(٦) الإقناع ٤/ ٢١٩، والمقنع مع المبدع ٨/ ٣٨٩.
(٧) في ب: لا نص فيه، بلا واو.
(٨) في ب: مقلد.
(٩) في ب: فالتنازع ترك.
(١٠) في أ: بقاوها، وفي ب: بقاؤها، وهو لحن.
(١١) في ب: ويمنع.

وجـــوب الدية في[1] أذن الأصم ومـارن الأخشم، وإنما نوجب في الصحيحين، لأن فيهما منفعة حفظ الصوت والرائحة[2] ، ثم نقول: أي[3] جمال في شارب بغير لحية أو لحية بغير شارب[4] ؟ ثم الجمال[5] بمجموع صفات من حسن البشرة وبقاء اللون وتناسب الخلقة، والشعر بعد ذلك تابع[6] فهو حسن بغيره لا بنفسه، فإن قالوا: في الأشفار منفعة، قلنا: هي نافعة[7] للجفن، ولهذا لو قطع الجفن بشعره[8] تبعته ووجبت[9] دية واحدة.

* * *

(١) في ب: في حق أذن الأصم.

(٢) في ب: والروائح.

(٣) أي: سقطت من ب.

(٤) أما اللحية بدون شارب فقد أمر المصطفى ﷺ بإحفاء الشوارب وإعفاء اللحى، وامتثال أمره جمال وزينة وفيه خير كثير وفضل عظيم.

(٥) في أ: الصفات.

(٦) في أ: بالغ.

(٧) في ب: تابعة.

(٨) بشعره: ساقطة من أ.

(٩) في ب: ووجب.

هامش هذه المسألة:

الفرض في شعر الرأس واللحية والحاجبين والأهداب، هذه الأربعة في كل واحد منها كمال الدية عندهم[1] .

* * *

(١) الهداية مع البناية ١٠/ ١٤٢-١٤٩، وحلية العلماء ٧/ ٥٨٠-٥٨١، وعزاها إلى الحنفية.

المسألة العاشرة بعد الثلثمائة : شي[١] .

جنين[٢] الأمة .

المذهب : يعتبر بقيمة أمه فيجب عشر قيمتها[٣] .

عندهم : يعتبر بقيمة نفسه ويجب عشرها إن كان أنثى ونصف عشرها إن كان ذكراً[٤] .

الدليل من المنقول :

لنا : . . .[٥] .

لهم : . . .[٦] .

---

(١) في ب وخاص أ : ك؛ أي ٢٠ .

(٢) سمي الجنين بذلك لاستتاره، ومنه الجن، ومنه جن عليه الليل، ومنه المجن : بكسر الميم، وهو الترس كما في تحرير ألفاظ التنبيه ص ٣٠٥ .

(٣) روضة الطالبين ٩/ ٣٧٢، والمنهاج مع مغني المحتاج ٤/ ١٠٦، ونهاية المحتاج ٧/ ٣٦٣ .

(٤) تحفة الفقهاء ٣/ ١١٨ .

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه : «جنين الأمة إذا كان مملوكًا فعند مالك والشافعي وأحمد : فيه عشر قيمة أمه سواء كان ذكراً أو أنثى، ويعتبر قيمة الأمة يوم جني عليها، وجنين أم الولد من مولاها[١] فيه غرة[٢] يكون قيمتها نصف عشر دية الأب»[٣] .

(٦) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه : «وأما المرأة إذا ضرب بطنها فماتت وألقت جنينها ميتًا، فقال أبو حنيفة ومالك : لا ضمان لأجل الجنين وعلى من ضربها الدية كاملة، وقال الشافعي وأحمد : في ذلك الدية كاملة غرة للجنين، والله سبحانه أعلم»[٢] .

---

(١) من مولاها : مكررة في أ.

(٢) الغرة : عبد أو أمة، قيل لكل واحد منهما غرة؛ لأن غرة كل شيء خياره، ويقال للفرس أيضًا : غرة لأنه خير مال الرجل، كما في الزاهر ص ٣٧٢ .

(٣) الإفصاح ٢/ ٢١٧ .

الدليل من المعقول:

لنا:

الجنين يتعذر[١] تقويمه بنفسه؛ لأنه لا يوقف على صفاته فاعتبرناه بأمه، يدل عليه أنه جزء[٢] منها يتغذى[٣] بها كأجزائها ويتبعها بيعًا وإرثًا ووصية، ولو كان يعتبر بنفسه لضمن بدية كاملة.

لهم:

إذا اعتبرتم الجنين بأمه ربما أدى إلى أن تكون[٤] قيمته ميتًا أكثر من قيمته حيًا حيث تكون قيمته عشرين وقيمة الأم ألف فصارت قيمته بذلك مائة، بل هو شخص منفرد بجناية[٥] فانفرد بضمانه، يدل عليه أنه منفرد عنها في الأحكام المالية يورث ويرث ويوصى به وله ويصرف[٦] الضمان إلى أقاربه[٧] لا إلى أمه وهذا يدل على انفصاله.

مالك: ق[٨].

أحمد: ق[٩].

---

(١) في ب: تعذر.

(٢) في أ: جزو.

(٣) في ب: تتعدى.

(٤) في ب: يكون.

(٥) في أ: بحياته.

(٦) في ب: تصرف.

(٧) في ب وجـ: أقرابه.

(٨) القوانين الفقهية ص ٢٢٨، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٩٨.

(٩) هداية أبي الخطاب ٢/ ٩٤، والمغني ٧/ ٨٠٦-٨٠٨.

التكملة :

منشأ الخلاف أن الجنين الحر المضمون عند إعواز الغرة[١] بخمس من الإبل فنحن نعتقد أن المرعي نسبته إلى الأم[٢] بعشر ديتها فأوجبنا عشر دية الأمة، وبالجملة ثمَّ شائبتان متقاومتان الاتصال والانفصال[٣] والاتصال أولى لأن اعتبار الجنين بنفسه يتعذر؛ لأنه ربما خرج قطعًا أو مضغة ولو خرج صحيحًا لم يمكن أن يقوم لأن المعاني لا تدرك فيه، قولهم: إذا اعتبرناه[٤] بالأم ربما زاد بدله، قلنا: وما المانع من ذلك؟ ويجوز أن يزيد بدل بهيمة على بدل آدمي.



(١) في أ: العبرة، وهو سهو.
(٢) في ب: الأمر.
(٣) والانفصال: ساقطة من أ.
(٤) في ب: اعتبرنه.

هوامش هذه المسألة:

الفرض أن تكون حاملاً بمملوك، وتلقيه ميتًا[١].

قال الزهري: يقوم يوم ألقته[٢].



(١) المهذب مع تكملة المجموع ١٧/ ٥٠١.
(٢) المغني ٧/ ٨٠٧، ولم يعزه، ومغني المحتاج ٤/ ١٠٦، ولم ينسبه.

اللوحة ٧٤ من المخطوطة أ :

لا[١] دليل على النافي عند قوم، وعليه الدليل عند آخرين، وقيل: عليه الدليل في العقليات دون الشرعيات، والمختار أن ما[٢] ليس بضروري ولا يعرف إلا بدليل فالنفي فيه كالإثبات، ويقال للنافي[٣] : ما ادعيت[٤] نفيه عرفت[٥] ذلك فيه[٦] بدليل أظهره بغير دليل إن كان ضروريًا فلنشترك[٧] فيه، وإن كان بغير دليل فهو شاك، والجاهل لا يكلف الدليل على جهله[٨] ، ولو لم يجب الدليل على النافي لسعدنا في الصانع والنبوات[٩] ، ولأن كل مثبت مقصود في صورة النفي فقال: عوض محدث ليس بقديم، وأما جاحد الدين فهو يعلم براءة ذمته ولا طريق إلى مشاركته في ذلك وإذا وقع مثل ذلك في العقليات اشترك الكل فيه ثم إن يمينه دليل.

واعلم أنه لا حجة في استصحاب الإجماع في محل الخلاف. مثاله: مسألة: المرتدة[١٠] ، واستصحاب الحال في عصمتها كما يفعل الخصم فالخصم لا يخلو إما أن يقول: أنا ناف ولا دليل على النافي، وقد تقدم أن عليه الدليل، وإما أن يظن أنه أقام دليلاً، وإن ظن ذلك فقد أخطأ فإن الحكم

---

(١) المستصفى ١/ ٢٣٢، وما بعدها.

(٢) في أ: «كان» بدل: «ما».

(٣) في أ: النافي.

(٤) في أ: ادعت.

(٥) عرفت: مكررة في ب.

(٦) فيه: ساقطة من ب.

(٧) في ب: فليشترك.

(٨) في ب: على ما حمل.

(٩) في ب: والثواب، وفي أ: النبوات.

(١٠) في ب: المرتد.

إنما يستدام إذا دل دليل على دوامه فما الدليل على دوام العصمة إن كان نصًا[١] فأبرزه فلعله يدل على العصمة مع عدم الردة؟ أو ترك دليلاً عامًا، فلابد من دليل التخصيص بهذه الحال، وإن كان إجماعًا، فالإجماع[٢] منعقد على العصمة قبل الردة، أما حال الردة فموضع الخلاف ولو كان إجماعًا كان مخالفه خارقًا للإجماع[٣] (وكل[٤] ذلك يضاد) نفس الخلاف لا يمكن استصحابه مع الخلاف والإجماع يضاد الخلاف، وليس كذلك العموم والظاهر وأدلة[٥] العقل، فإن الخلاف لا يضادها، فإن المخالف[٦] يقر بأن العموم يتناول محل الخلاف بصورته (لكن نخصصه)[٧] بدليل والمخالف لا يسلم شمول الإجماع[٨] لمحل الخلاف، فإن قالوا: لم تنكرون على من يقول: إن الأصل أن[٩] ما ثبت دام إلى حين وجود القاطع فلا يفتقر الدوام إلى دليل؟ قلنا: كلما[١٠] ثبت وجاز أن يدوم وأن لا يدوم فلابد لدوامه من دليل سوى دليل[١١] الثبوت كجلوس زيد في السوق إذا لم يعهد منه دوام ذلك، ولولا[١٢] التعارف أن الجدار إذا ثبت لم ينهدم إلا بهادم[١٣] لافتقر

(١) نصًا: ساقطة من ب.
(٢) فالإجماع: ساقط من أ.
(٣) للإجماع: ساقط من أ.
(٤) في ب: دليل يضاد.
(٥) في أ: أدلة العقل، بلا واو.
(٦) في أ: فالمخالف.
(٧) في ب: لكنه يحصصه.
(٨) في أ: الاجتماع.
(٩) أن: ساقطة من أ.
(١٠) في ب: كما.
(١١) دليل: ساقطة من أ.
(١٢) في أ: ولو.
(١٣) في ب: بانهدام.

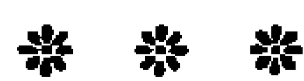
ثبوته إلى دليل .

(واعلم أنه إذا كان للمقتول جد وأخ لأبوين وأخ لأب وقلنا : إن الأيمان تقسم[١] ، فإنه يحلف الجد ١٧ يمينًا والأخ من أبوين : ٣٤ يمينًا[٢] ولا يحلف الأخ من الأب ؛ لأنه غير وارث[٣] ، ولو كان موضع أخ لأب أخت لأب حلف الجد[٤] . . . يمينًا والأخ .

ولو ترك جدًا وخنثى مشكلاً[٥] من أبيه ، فإن الجد يحلف ثلثي الأيمان ويأخذ نصف الدية والخنثى يحلف نصف الأيمان ويأخذ ثلث الدية[٦] فيحلف على أكثر ما يستحق لتكون اليمين على يقين والأخذ بيقين)[٧] .



(١) في ب : يقسم .
(٢) الرقمان ١٧ ، ٣٤ ساقطان من النسختين أ و ب ، وغير واضحين في جـ ، وأثبتهما من روضة الطالبين ١٠/ ١٨ .
(٣) روضة الطالبين ١٠/ ١٨ .
(٤) بياض في ب وأ ، ومطموس في جـ ، والأخ ساقطة من أ .
(٥) في أ ، ب : مشكل ، وهو لحن .
(٦) روضة الطالبين ١٠/ ٢٠ ، ولكن بدل الجد : ابن .
(٧) ما بين القوسين ليس في ترتيبه في ب فهو فيها في لوحة ١١٩ .



المسألة الحادية عشرة بعد الثلثمائة: شيا[١].

القسامة[٢] مع اللوث[٣].

المذهب: يبدأ بأيمان المدعين وتجب لهم الدية إذاً[٤].

عندهم: يحلف المدعى[٥] عليه فحسب ويغرمون الدية بعد ذلك[٦].

الدليل من المنقول:

لنا:

محيصة وعبد الله[٧] خرجا إلى خيبر[٨] فقتل عبد الله فجاء محيصة

---

(١) في ب وخاص أ: كا = ٢١.

(٢) القسامة: بالفتح: اليمين كالقسم بالله تعالى، يقال: إنما سمي القسم قسماً لأنها تقسم على أولياء الدم، ويقال: أقسم الرجل: إذا حلف كما في المطلع ص ٣٦٩، وهي شرعاً: أيمان مكررة في دعوى قتل معصوم كما في شرح منتهى الإرادات ٣/ ٣٣٢، والمبدع ٩/ ٣١.

(٣) اللوث: بفتح اللام وإسكان الواو: قرينة تقوي جانب المدعي وتغلب على الظن صدقه، مأخوذ من اللوث وهو القوة كما في تحرير ألفاظ التنبيه ص ٣٣٩، وفي المبدع ٩/ ٣٢-٣٣، هو العداوة الظاهرة كنحو ما كان بين الأنصار وأهل خيبر.

(٤) مختصر المزني ص ٢٥٢.

(٥) في أ: المدعا.

(٦) الكتاب مع اللباب ٣/ ٦٤.

(٧) عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل الآتي ذكره أخوان وأبوهما سهل بن زيد الأنصاري الحارثي، ومحيصة وحويصة ابنا مسعود بن كعب الأنصاري، وكلهم صحابة، ومحيصة أصغر من حويصة وأسلم قبله.
(انظر: الإصابة ١/ ٣٦٣، ٢/ ٣٢٢، ٤٠١، ٣/ ٣٨٨).

(٨) في ب: حنين.

وحويصة عماه، وعبد الرحمن أخوه[١] إلى النبي عليه السلام، وقصا عليه قصته[٢] فقال: «**أتحلفون خمسين يمينًا وتستحقون دم صاحبكم**» فأبوا، فقال: «**إذن تحلف اليهود**»[٣]، فلم تطب نفوسهم فوداه[٤] النبي عليه السلام[٥].

لهم:

قال النبي عليه السلام: «**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**»[٦]، وروي أن رجلاً أتى إلى النبي عليه السلام، فقال: أخي قتل في بني فلان فقال: «**اجمع خمسين رجلاً يحلفون أنهم ما قتلوه ولا عرفوا له قاتلاً**» فقال: ليس لي[٧] من أخي إلا ذلك؟ فقال عليه السلام[٨]: «**ولك مائة من**

---

(١) في ب: وأخوه.

(٢) في ب: وقصا قصته.

(٣) في ب: الشهور.

(٥) في ب: فودا بالنبي، ومعنى وداه: أعطى ديته، والدية: مصدر ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس، ثم قيل لذلك المال: الدية تسمية بالمصدر، ولذا جمعت، وهي مثل عدة في حذف الفاء، وقيل: والتاء في آخرها عوض عن الواو في أولها كما في أنيس الفقهاء ص ٢٩٢ ـ ٢٩٣، والصحاح ٦/ ٢٥٢١.

(٦) البخاري في صحيحه في القسامة ٨/ ٤٢ ـ ٤٤، بنحوه.

(٧) البيهقي وابن عساكر كما في الجامع الصغير ٣/ ٢٢٥، ورمز له بالضعف ولفظه: «**البينة على المدعي واليمين على من أنكر إلا في القسامة**»، ومثله في التلخيص الحبير ٤/ ٣٩، وعزاه الدارقطني والبيهقي وابن عبد البر من حديث مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به، وقال: قال أبو عمر: إسناده لين، وقد رواه عبد الرزاق عن ابن جريج عن عمرو مرسلاً، وعبد الرزاق أحفظ من مسلم بن خالد وأوثق.

(٨) لي: ساقطة من ب.

(٩) عليه السلام: ساقطة من ب.

الإبـل»[١].

الدليل من المعقول:

لنا:

اليمين حجة في حق من قويت جنبته[٢] كالمنكر والمودع[٣] والملاعن، وفي مسألتنا قويت جنبتهم[٤] لوجود اللوث، ثم بينتهم[٥] لا تقطع الخصومة فإن الدية واجبة عليهم.

لهم:

اليمين شرعت دافعة لا مثبتة، فلا نشرعها هاهنا مثبتة، كيف وهي مشروعة لإبقاء ما كان على ما كان، وأما سبب وجوب الدية، فإن أهل المحلة بمثابة عاقلة القاتل[٦] ، والعاقلة تدي لوجود القتل منها لأخذهم بالحفظ.

مالك: ق[٧] .

أحمد: ق[٨] .

التكملة:

لنا عدة نصوص أنه بدأ عليه السلام في القسامة بيمين المدعي ثم اليمين

---

(١)
(٢) في ب: جنيته.
(٣) في أ: والمردع.
(٤) في ب: جنيتهم.
(٥) في ب: بينهم لا يقلع.
(٦) في ب: القايد.
(٧) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ١٩٩.
(٨) الإقناع ٤/ ٢٤٢.

لا تراد إلا لقطع الخصومة والدية هاهنا واجبة بعد اليمين فما وقت اليمين المال[١] ، ولا المال اليمين، يدل عليه أنه إذا حلف المدعى[٢] عليه ، فلا يجوز أن يجب بيمينه شيء وتبقى[٣] مجرد الدعوى ولا يجب بها شيء، ومنقولهم فيه طعن، فقولهم[٤] : العاقلة التزموا[٥] الحفظ هذا باطل بل هو شيء ثبت نصًا غير معلل، قولهم: يتم قبله حكمًا كيف يكون كذلك؟ والقاتل المباشر معين، ثم لو التزموا[٥] بالحفظ وصرحوا به ما لزمهم شيء شرعًا فكيف يلزمهم بطريق[٦] الدلالة ولو كان الغرم[٧] يجب لأجل التناصر لوجب على سكان المحلة كما يجب على الملاك ، فكيف يخص[٨] بالملاك .

* * *

(١) في ب: بالمال.
(٢) في أ: المدعا.
(٣) في ب: ويبقى.
(٤) في ب: قولهم.
(٥) في ب: الزموا.
(٦) في : مكرر مرتين ، وفي ب: طريق.
(٧) في ب: العزم.
(٨) في ب: خص.

هامش هذه المسألة :

المفرج: المقتول بأرض فلاة، وقيل: من الجناية عليه في بيت المال[١] .

* * *

(١) الصحاح للجوهري ١/ ٣٣٤.

المسألة الثانية عشرة بعد الثلثمائة : شيب[(١)] .

القتل العمد .

المذهب : يوجب الكفارة[(٢)] .

عندهم : ف[(٣)] .

الدليل من المنقول :

لنا :

روى ابن الأسقع[(٤)] قال : أتينا النبي عليه السلام[(٥)] في صاحب لنا أوجب النار على نفسه بالقتل فقال : «**أعتقوا[(٦)] عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضوًا منه من النار**»[(٧)] ، والذي يوجب النار هو المتعمد[(٨)] ، وكون النبي لم (يستفصل دليلاً على إيجاب)[(٩)] الكفارة في جنس القتل .

---

(١) في ب ، وخاص أ : كب أي ٢٢ .

(٢) التنبيه ص ٢٢٩ ، والوجيز ٢/ ١٥٨ .

(٣) الكتاب مع شرحه اللباب ٣/ ٦٣ .

(٤) واثلة بن الأسقع الليثي من أهل الصفة ، شهد تبوك ، له ستة وخمسون حديثًا ، انفرد له البخاري بحديث ومسلم بآخر ، روت عنه بناته فسيلة وجميلة وأسماء وبسر بن سعد وبسر بن عبيد الله الحضرمي ، مات سنة ثلاث وثمانين ، وله مائة سنة ، وقيل ٩٨ سنة .
(خلاصة تذهيب التهذيب ص ٤١٩ ، وسير أعلام النبلاء ٣/ ٣٨٣ ، والجرح والتعديل ٩/ ٤٧ ، وشذرات الذهب ١/ ٩٥) .

(٥) في ب : ﷺ .

(٦) في ب : اعتقا .

(٧) أبو داود في سننه ٤/ ٢٧٣ ، ومسند أحمد ٣/ ٤٩١ ، وأخرجه النسائي وابن حبان والحاكم كما في التلخيص الحبير / ٣٨ .

(٨) في ب : المعتمد .

(٩) في ب : يستفضل دليل إيجاب .

لهم:

قوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ[1] مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ﴾[2] جعل الله ذلك جزاءه فزيادة الكفارة نسخ، وقال تعالى: ﴿إِن تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ﴾[3]، فبين أن التكفير يجري في الصغائر، وقال تعالى: ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ﴾[4]، فجعل الكفارة حسنة.

الدليل من المعقول:

لنا:

حق مضمون في النفس[5] بالكفارة فضمن في العمد والخطأ كحق[6] الآدمي، ذلك[7] لأن لله حقًا هو المضمون في النفس في الخطأ إجماعًا، والعمد لا يسقط ضمان المتلفات والكفارة مؤاخذة وعقوبة تناسب العمدية.

لهم:

العدوان المحض لا يصلح سببًا للكفارة كالردة والزنى، ذلك لأن الكفارة فيها معنى التكفير لكونها تتأدى بالصوم، واسمها يعطي ذلك، والعدوان لا يكون سبب العبادة.

---

(١) في ب: من قتل، وهو خطأ، وزاد في ب: «خالدًا فيها»، وهي من الآية.
(٢) سورة النساء، آية: ٩٣.
(٣) سورة النساء، آية: ٣١.
(٤) سورة هود، آية: ١١٤.
(٥) في النفس: ساقطة من أ.
(٦) في ب: بحد.
(٧) ذلك: ساقطة من ب.

مالك: ف[١] .

أحمد[٢] :

التكملة:

النص ورد في الخطأ ثم ألحق به شبه[٣] العمد، وإن فارقه في تغليظ الدية لاشتماله عليه والعمد يشتمل على شبه العمد فكان مشتملاً على الخطأ وزيادة الجناية توجب التغليظ، وحاصل الكلام أن الكفارة جبر المحل أوجزاء الفعل، ونقول: المقتول[٤] اشتمل على مالية ونفسية، فالمالية تهيئه[٥] لأن ينتفع به ولذلك ملك بالسبي، والنفسية تهيئه[٥] لأن تملك[٦]، وذلك حق العبد وباعتباره صار مضمونًا بالقصاص، وتهيئه[٥] للعبادة وذلك لله وبه يضمن بالكفارة، ومعنى قولنا: «حق الله» أي شيء يحصل السعادة عند الله، فإنه تعالى مستغن عن الحقوق، وقوله تعالى: ﴿فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ﴾ لا يمنع إيجاب الكفارة؛ لأنا لا نعدها[٧] جزاء لكن جبرًا، والدليل على أن في العبد[٨] حقًا لله كونه لا يستباح قتله بإباحته، وقوله: ﴿جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا﴾ يدل على أنه قتل مستحلاً ثم الآية لم تتعرض[٩] لأحكام الدنيا.

---

(١) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٠١.

(٢) الإقناع ٤/ ٢٧، وهو مخالف للشافعية، وشرح منتهى الإرادات ٣/ ٣٣١.

(٣) في ب: شبهه.

(٤) في أ: المنقول.

(٥) في أ، ب: تهيؤه.

(٦) في ب: لا يملك.

(٧) في ب: يعتدها.

(٨) في ب: على أن العبد حقًا.

(٩) في ب: يتعرض.

المسألة الثالثة عشرة بعد الثلثمائة : شيج[١] .

ما أتلفه البغاة[٢] على أهل العدل .

المذهب : مضمون في أحد القولين[٣] .

عندهم : لا يضمن وهو القول الأخير[٤] .

الدليل من المنقول :

لنا : ....[٥] .

لهم :

روى الزهري عن إجماع الصحابة على أن كل دم أريق على تأويل الإسلام، فهو هدر، وقد أجمعوا[٦] بعد القتال فلم يطالب بعضهم بعضاً بدم ولا مال[٧] .

---

(١) في ب، وخاص أ: كج = ٢٣ .

(٢) البغاة : جمع باغ، وهذا الوزن مطرد في كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة، وإنما جمعه؛ لأنه قلما يوجد واحد يكون له قوة الخروج .
وهو في اللغة: الطلب، ومنه : ﴿ذَٰلِكَ مَا كُنَّا نَبْغِ﴾، وعرفًا : ما لا يحل من جور وظلم .
وشرعًا: هم الخارجون على الإمام الحق بغير حق .
انظر: حاشية الطحاوي على الدر المختار ٢/ ٤٩٣ .

(٣) روضة الطالبين ١٠/ ٥٥ .

(٤) الاختيار لتعليل المختار ٤/ ١٥٢ .

(٥) بياض في ب و جـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «جميع ما يتلفه أهل البغي على أهل العدل في حال القتال من مال أو نفس فقال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد في أحد الروايتين: لا يضمن، وقال الشافعي في القديم يضمن وعند أحمد مثله»[١] ، والله سبحانه أعلم .

(٦) في أ: اجتمعوا .

(٧) الاختيار لتعليل المختار ٤/ ١٥٢ .

---

(١) الإفصاح ٢/ ٢٣٢ .

الدليل من المعقول:

لنا:

إتلاف بغير حق فأوجب الضمان كأهل العدل، دليل الدعوى: إثمهم بإتلافهم والمال معصوم، والبغاة ملتزمو[١] أحكام الإسلام وقد وجد السبب وهو إتلاف بغير حق ونمنع[٢] إلحاق التأويل الفاسد بالصحيح[٣] بطريق الإثم.

لهم:

أتلفوا بتأويل فاسد فينزل منزلة التأويل الصحيح في سقوط الضمان كأهل الحرب، ذلك لأن الضمان يجب بالإلزام[٤] والالتزام وقد عدما، يدل عليه أن أحكامهم نافذة فيما أقاموا من حد وأخذوا من زكاة، وشهادتهم مقبولة عند قضاة أهل العدل.

مالك: ق[٥].

أحمد[٦]:

التكملة:

إن كان الضمان مجتمعه المتلف ذو ذمة والمتلف معصوم محترم، والإتلاف منفك عن استحقاق وعن شبهة استحقاق، والعدوان لا يصلح

---

(١) في ب وجـ: ملتزموا.
(٢) في ب: ويمنع.
(٣) في ب: تصحيح.
(٤) في أ: بالإكرام، وفي جـ: بالإلزام أو الالتزام.
(٥) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٠٥، والقوانين الفقهية ص ٢٣٨.
(٦) هداية أبي الخطاب ٢/ ١٠٨.

لنفي الضمان بخلاف العادل، فإنه محق بالقتال يحمله على الظاهر[1] ولا يضمن ما يتلف لضرورة قتاله حتى لو أتلف في غير القتال ضمن، وعلى مساق الكلام يضمن الحربي ما أتلفه ونطالبه به مع الظفر إن لم يسلم لكن الإسلام يجب ما قبله، ونقول: المعتبر في الخطاب إمكان البلاغ، وأما تنفيذ أحكامهم فلحفظ الحقوق في القطر الذي استولوا عليه.

* * *

(١) في أ: الطاعة.

* * *

المسألة الرابعة عشرة بعد الثلثمائة : شيد[١] .

المرتدة[٢] .

المذهب : تقتل[٣] .

عندهم : ف[٤] .

الدليل من المنقول :

لنا :

قول النبي عليه السلام : «**من بدل دينه فاقتلوه**»[٥] ، ولفظة : «من» تشمل الذكر والأنثى إذا اجتمعوا . «**من أحيا أرضًا ميتة فهي له**»[٦] . «**من تعلق بأستار الكعبة فهو آمن**» . ولو قال : من دخل داري فأكرمه لزمه إكرام من يدخل من النساء .

---

(١) في ب، وخاص أ: كد = ٢٤ .

(٢) الردة لغة : الرجوع عن الشيء إلى غيره، وقد تطلق على الامتناع من أداء الحق كمانعي الزكاة في زمن الصديق رضي الله عنه، وشرعًا : قطع من يصح طلاقه دوام الإسلام، ومن ثم كانت أفحش أنواع الكفر وأغلظها حكمًا . كما في نهاية المحتاج ٧/ ٣٩٣.

(٣) نهاية المحتاج ٧/ ٣٩٨-٣٩٩.

(٤) المختار مع الاختيار ٤/ ١٤٩ .

(٥) البخاري في صحيحه : باب حكم المرتد والمرتدة ٨/ ٥٠ ، عن ابن عباس رضي الله عنهما .

(٦) أبو داود في سننه في كتاب الخراج والإمارة والفيء : باب في إحياء الموت ٣/ ٤٥٣ - ٤٥٤ ، عن سعيد بن زيد، والترمذي في جامعه في الأحكام : باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ٣/ ٦٢٢ ، عنه، وقال : هذا حديث حسن غريب، والترمذي أيضًا في نفس الباب ٣/ ٦٦٣ - ٦٦٤ ، عن جابر، وقال : حديث حسن صحيح .

لهم:

روي أن النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء: «**ما بالها قتلت ولم تقاتل؟ أدركوا خالدًا فقولوا له: لا تقتل امرأة ولا ذرية ولا عسيفًا**»[(١)] .

الدليل من المعقول:

لنا:

وجد المقتضي للقتل[(٢)] ، وهو الكفر وامتنع قتل الكافرة الأصلية لمصلحة وأقيم الرق مقامه، وهذه كافرة معاندة، فتحتم قتلها كالمرتد، لأن الكفر عناد لا يمكن الصرف[(٣)] عنه إلا بالتخويف، ولا تخويف أبلغ من القتل.

لهم:

القتل ليس عقوبة على الكفر بل على المحاربة والمرأة غير محاربة، والكفر جناية على حق الله تعالى وعقوبته في الآخرة وما عجل من عقوبة فلمصالح العباد، ثم الكافرة[(٤)] الأصلية لا تقتل، وإن[(٥)] قتل الكافر الأصلي.

مالك: ق[(٦)] .

أحمد: ق[(٧)] .

---

(١) أبو داود في سننه في الجهاد: باب في قتل النساء ٣/ ١٢١ ـ ١٢٢، وقال المحشي: ونسبه المنذري للنسائي، وأحمد في مسنده ٣/ ٤٨٨ .

(٢) في ب: القتل.

(٣) في ب: التصرف.

(٤) في ب: الكافر.

(٥) في ب وجـ: فإن.

(٦) بداية المجتهد مع الهداية ٨/ ٦٣١ .

(٧) هداية أبي الخطاب ٢/ ١٠٩ ـ ١١٠ .

التكملة:

قولهم: الكافر الأصلي يقتل؛ لأنه حرب، والكافرة الأصلية لا تقتل؛ لأنها ليست حربًا، قضيتان فيهما النزاع، ولا نخوض في ذلك بل نمنع المقدمة الثالثة، وهي قولهم: المرتد يقتل؛ لأنه حرب، ليس لذلك بل لتبديل الدين والدليل القاطع أن الكافر الأصلي يقر مع الجزية بخلاف المرتد، ويوجد هذا في الكافر الرئيس[1] والراهب والعسيف.

وبالجملة ليست الردة مثل الكفر الأصلي حتى تقاس المرتدة على الكافرة الأصلية. بيان أن المرتد معاند[2] أنه أصر على باطل عرف بطلانه، فإن ألزمونا شرع قتل الكافر الوثني وهو غير معاند فهذا عكس العلة فإنا لم نلزم إلا قتل كل معاند في كفره، فأما القتل فبسبب آخر لا يمتنع، فإن قالوا: يكفي التخويف بالنار. قلنا: والتخويف بالقتل لا ينافي التخويف بالنار بدليل المرتد، ومعتمدهم أن حرمة قتلها ثابتة قبل الردة والردة غير صالحة للإباحة، والجواب أن ما ذكروه استصحاب الإجماع في محل الخلاف، فلا يكفيهم بيان أن الردة غير مبيحة ما لم يثبتوا أن سبب التحريم باق فالمحرم عندنا الإسلام.

* * *

(١) في أ: الربيس.
(٢) في أ: معاندًا.

* * *

المسألة الخامسة عشرة بعد الثلثمائة : شيه[١] .

أمان[٢] العبد المحجور عليه .

المذهب : صحيح[٣] .

عندهم : ف[٤] .

الدليل من المنقول :

لنا :

عموم قوله عليه السلام : «**ولا ذو عهد في عهده**»[٥] ، والمستأمن من العبد ذو عهد ، وقال النبي عليه السلام : «**يسعى بذمتهم أدناهم**»[٦] . قال المحققون : أدناهم عبيدهم[٧] .

لهم :

قوله تعالى : ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً عَبْداً مَّمْلُوكًا لاَّ يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾[٨] ، وما قدر عليه من التصرفات فبدليل دل عليه .

---

(١) في ب وخاص أ : كه = ٢٥ .
(٢) الأمان : ضد الخوف ، وهو مصدر من أمن أمنًا وأمانًا كما في المطلع ص ٢٢٠ ، وفي أنيس الفقهاء ص ١٨٩ ، قال : الأمانة والأمن بمعنى ، وقد أمنت فأنا آمن وأمنت غيري من الأمن والأمان ، والأمن : عدم توقع مكروه في الزمان الآتي .
(٣) مغني المحتاج ٤/ ٢٣٧ .
(٤) المختار مع الاختيار ٤/ ١٢٣ .
(٥) سبق تخريجه في المسألة ٢٩١ ت ١٤ .
(٦) سبق تخريجه في المسألة ٢٩١ ت ٧ .
(٧) نيل الأوطار ٨/ ١٨١ ، وفيه : ودخل في الأدنى المرأة والعبد والصبي .
(٨) سورة النحل ، آية : ٧٥ .

الدليل من المعقول:

لنا:

الأمان دفع(١) الشر عن المسلم فملكه بعلة(٢) الإسلام، ثم العبد يملك الجهاد بما فيه من نفسه يتحمل بها الأمانة، ثم الأمان لإسماع كلام الله(٣)، والعبد يملك الإسماع فملك الطريق إليه فهو يملك الأمان، إما لأنه كفى به شرًا أو(٤) بكونه طريق إسماع كلام الله تعالى.

لهم:

لا يملك الجهاد، فلا يملك الأمان كالصبي، ذلك لأن الجهاد يكون بالنفس أو بالمال وهذا لا يملكها ولهذا(٥) يأثم إذا جاهد بغير إذن، والأمان جهاد أو تبع الجهاد؛ لأنه من مصالح الجهاد.

مالك(٦):

أحمد(٧):

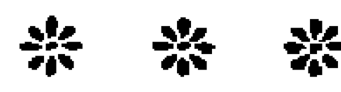
التكملة:

العبد يملك القتال، فإنه مخاطب متحمل(٨) للأمانة كالحر، مع أنه مال

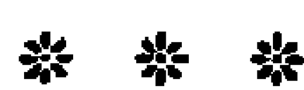
---

(١) في ب: رفع.
(٢) في أ: فعله.
(٣) في ب: كلام الله تعالى.
(٤) في ب: وبكونه.
(٥) في أ: وهم.
(٦) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٦٨، ونصه: «أمان العبد جائز في القتال أذن له سيده أو لم يأذن خلافًا لأبي حنيفة».
(٧) هداية أبي الخطاب ١/ ١١٦، ونصه: «ويصح أمان المسلم العاقل، سواء كان ذكرًا أو أنثى حرًا أو مملوكًا».
(٨) في أ: محتمل.

منتفع به ففيه شائبتان: يملك الأمان بإحداهما، نعم وعديل القتال لكن يحتاج في ذلك إلى منافعه المملوكة عليه فهو[١] المقاتل باعتبار النفسية المعاند[٢] باعتبار المالية، فكان بالقتال مطيعًا عاصيًا كالمصلي في الدار المغصوبة، يدل عليه ما إذا أذن له السيد، فإنه يملك ويستفاد بالإذن ما يقع للإذن[٣] كبيع ماله، أما الراهن لا يستفيد من إذن المرتهن بيع مال نفسه بل البيع مملوك له بملك المحل غير أن حق المرتهن مانع فاعتبر إذنه لسقوط حقه، ولا نقول: الأمان شرع لدفع شر الكفار، بل ليتمكن الكافر من استماع كلام الله، وإن سلمنا أنه تبع[٤] الجهاد فيقبل الانفصال عن الأصل، فإن الحر الزمن[٥] والمرأة لا يملكان الجهاد (لانتفاء بينة الجهاد)[٦]، ويملكان الأمان استقلالاً، وهذا كإسلام الصبي المميز يحصل تارة تبعًا لأبويه، وأخرى باستقلاله[٧] عندهم وأحد قولينا.



(١) في ب: فهي للقاتل.
(٢) في ب: المقاتلة.
(٣) في أ: الإذن.
(٤) في ب: بيع.
(٥) في ب: المزمن. والزمانة: كل داء ملازم يزمن الإنسان فيمنعه عن الكسب، كالعمى والإقعاد وشلل اليدين، قال الأزهري: وقد يسمى الأخرس والأصم زمنًا، كما في الزاهر ص ٢٩٠.
(٦) ما بين القوسين ساقط من أ.
(٧) في ب: إسلامه.



مسائل الحدود

اللوحة ٧٥ من المخطوطة أ :

مسألة: المكره على الزنى لا يجب عليه الحد في المشهور في المذهب[١] ، وقال أبو حنيفة : إن كان المكره سلطانًا أو حاكمًا لم يجب[٢] ، فنقول : ما وجب به الحد إذا فعله (مختارًا لم يجب[٣]) به الحد إذا فعله مكرهًا كشرب الخمر ، قالوا : الإكراه على الزنى لا يتأتى من الرجل لمكان خوفه ولما يأتي من المرأة[٤] لم يوجب الحد عليها ، قلنا : الخوف إنما يكون إن لو لم يفعل ويلزمهم السلطان والحاكم .

مسألة: إذا وطئ امرأة في فراشه ظنها زوجته لم يحد[٥] خلافًا لهم[٦] ، فنقول : وطئها معتقدًا حلها فلم يجب عليه الحد كما لو زفت إليه .

مسألة: تقبل الشهادة على الزنى وإن تفرقت في مجالس[٧] خلافًا له[٨] . فنقول : كل شهادة يثبت بها الحق إذا تأدت في مجلس يثبت بها الحق إذا تأدت في مجالس كسائر الشهادات ، وأما شهادة النكاح فالمقصود بها إظهار العقد ، وذلك لا يحصل إلا عند الاجتماع وإلا شهد أحدهما على العقد والآخر على الإقرار .

---

(١) المنهاج مع مغني المحتاج ٤/ ١٤٥ .

(٢) الهداية مع البناية ٥/ ٤٢٢ .

(٣) غير واضحة في أ .

(٤) في ب : تأتى .

(٥) روضة الطالبين ١٠/ ٩٣ .

(٦) تحفة الفقهاء ٣/ ١٣٩ .

(٧) روضة الطالبين ١٠/ ٩٨ .

(٨) في الاختيار لتعليل المختار ٤/ ٨٠-٨١ .

مسألة: الشهادة على الزنى والسرقة والشرب تقبل وإن تقادم عهده[١] خلافًا[٢] له، فنقول: كلما ثبت به الحق الحديث ثبت به الحق القديم كالإقرار بهذه الحدود أو الشهادة بالقصاص، وما تخيلوه من تهمة فتنتفي عن العدل ويحتمل أنه أخر إقامة الشهادة ليرتئي في هذا المقام المزلق، وإن فرقوا بين القصاص والزنى بأن القصاص والزنى فإن[٣] للقصاص[٤] من يطالب به، لم يفرقوا بينه وبين السرقة، فإن للسرقة من يطالب بها وحكمها عندهم حكم الزنى.

مسألة: لا يجب على الإمام والشهود حضور الرجم، والبداية به بل هو كسائر الحدود[٥]، ولقد[٦] أمر رسول الله ﷺ برجم ماعز ولم يشهده ولم يستنب[٧]، وأما مذهب الخصم فما روي أن عليًا رضي الله عنه لما رجم الهمدانية لفها في عباءة وحفر لها حفيرة[٨] ثم قام فحمد الله وقال: أيها الناس إن الرجم رجمان: رجم سر ورجم علانية، فرجم السر أن[٩] تشهد عليه الشهود فحينئذ يبدأ الشهود ثم الإمام ثم الناس، ورجم العلانية: أن يشهد على المرأة ما فيِ بطنها فيبدأ الإمام بالرجم ثم الناس[١٠].

---

(١) مغني المحتاج ٤/ ١٥١.

(٢) المختار مع الاختيار ٤/ ٨١.

(٣) في أ: بأن.

(٤) في ب: القصاص.

(٥) روضة الطالبين ١٠/ ٩٩.

(٦) في ب: وقد.

(٧) البخاري في صحيحه في الحدود: باب رجم المحصن ٨/ ٢١، عن جابر، وابن حبان كما في موارد الظمآن ص ٦٣٣، عن أبي هريرة.

(٨) في ب: حفرة.

(٩) في ب: يشهد.

(١٠) أحمد في مسنده كما في الفتح الرباني ١٦/ ٩٤ـ ٩٥، بنحوه.

مسألة: إذا شهد أربعة على الزنا ثم رجع واحد منهم لزمه الحد دون الباقين، ولو انفرد الواحد منهم بالشهادة فقولان[1]. والخصم يوجب[2] الحد في الصورتين، ونظرنا في غاية الظهور فإن جواز الشهادة لا أقل من أن تثبت شبهة فيما يسقط بالشبهة، فالسبب المبيح للشهادة أنه إخبار على وجه خاص ولا يتعلق بشهادة غيره فليس على بصيرة من أمر غيره، وغاية الخصم التمسك بأثر عمر وأنه حد أبا بكرة[3] لما شهد على المغيرة[4]، . . . .

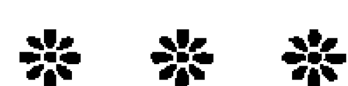
(١) التنبيه ص ٢٧٣.

(٢) تحفة الفقهاء ٣/ ٣٦٧، والهداية مع البناية ٥/ ٤٤٩.

(٣) أبو بكرة الثقفي: نفيع بن الحارث، وقيل ابن مسروح، تدلى من بكرة بالطائف فأتى النبي ﷺ مسلمًا، وهو أخو زياد بن أبيه لأمه، فأعتقه رسول الله وهو معدود من مواليه، كان من فضلاء أصحاب رسول الله وصالحيهم وهو الذي شهد على المغيرة بن شعبة فبت الشهادة وجلده عمر حد القذف وأبطل شهادته ثم قال له: تب لتقبل شهادتك، فقال: إنما أتوب لتقبل شهادتي؟ قال: نعم. قال: لا جرم لا أشهد بين اثنين أبدًا، وإنما جلده؛ لأنه شهد هو واثنان معه فبتوا الشهادة وكان الرابع زيادًا فقال: رأيت إستًاتنبو ونفسًا يعلو وساقين كأنهما أذنا حمار ولا أعلم ما وراء ذلك فجلد عمر الثلاثة وتاب منهم اثنان فقبل شهادتهما وكان أبو بكرة كثير العبادة حتى مات سنة إحدى وخمسين، وقيل: سنة اثنتين وخمسين.
(أسد الغابة ٥/ ١٥٠ - ١٥١، والعبر ١/ ٤١، وسير أعلام النبلاء ٣/ ٥، وشذرات الذهب ١/ ٥٨).

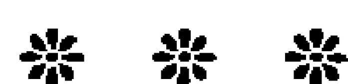
(٤) المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود بن معتب بن مالك بن كعب بن عمرو بن سعد بن عوف بن قيس وهو ثقيف الثقفي، يكنى أبا عبد الله، وقيل أبو عيسى، أسلم عام الخندق وشهد الحديبية، وكان موصوفًا بالدهاء، قيل إنه أحصن ثلثمائة امرأة في الإسلام، وقيل ألف امرأة، وولاه عمر بن الخطاب البصرة ولم يزل عليها حتى شهد عليه بالزنى فعزله، ثم ولاه الكوفة، فلم يزل عليها حتى قتل عمر فأمره عليها عثمان ثم عزله، وشهد اليمامة وفتوح الشام وذهبت عينه باليرموك وشهد القادسية وشهد فتح نهاوند. مات سنة خمسين.
(أسد الغابة ٤/ ٤٠٦ - ٤٠٧، والعبر ١/ ٤، وسير أعلام النبلاء ٣/ ٢١، وشذرات الذهب ١/ ٥٦).

وتخلف أخوه زياد[١]، قالوا: وهذا حكم مخالف للقياس، والجواب: أولاً هذا مما انفرد به عمر ولقد خالفه أبو بكرة وأصر على شهادته حتى هم عمر بحده ثانيًا فقال له عليّ: إن حددته وجب الحد على المغيرة، وهذا أمر يتعلق بالإقالة[٢]، فلعمر أن يحكم فيه باجتهاد ويسلك به جادة القياس حتى لا يتخذ الناس الشهادة وسيلة إلى القذف، ونحن لا نرى هذا القياس، فإن العدل الذي يقبل قوله في الشهادة لا يتخذها سببًا إلى القذف.



(١) هو الأمير زياد بن أبيه الذي استلحقه معاوية وزعم أنه ولد أبي سفيان، وكان لبيبًا فاضلاً سيدًا يضرب المثل بدهائه، وقد جمع له معاوية إمرة العراقين. (العبر ١/ ٤١، وشذرات الذهب ١/ ٥٩، وسير أعلام النبلاء ٣/ ٤٩٤).

(٢) في أ: بالإبالة.



مسائل الحدود[١]

المسألة السادسة عشرة بعد الثلثمائة: شيو[٢].

إذا زنى البكر.

المذهب: وجب الحد والتغريب[٣].

عندهم: لا يجب التغريب[٤].

الدليل من المنقول:

لنا:

خرج النبي عليه السلام ذات يوم فقال: «**خذوا عني، خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم**»[٥]، وقوله في قصة العسيف: «**الشاة والوليدة رد عليك وعلى ابنك[٦] جلد مائة وتغريب عام**»[٧]، ونقل ذلك عن الشيخين.

---

(١) الحدود: جمع حد، وهو في الأصل: المنع، والفصل بين شيئين، وحدود الله تعالى: محارمه، والحدود: العقوبات المقدرة، يجوز أن تكون سميت بذلك من الحد: المنع؛ لأنها تمنع من الوقوع في مثل ذلك الذنب، وأن تكون سميت بالحدود التي هي المحارم، لكونها زواجر عنها، أو بالحدود التي هي المقدرات، لكونها مقدرة لا يجوز فيها الزيادة، ولا النقصان. المطلع ص ٣٧٠.

(٢) في ب و خاص أ: كو = ٢٦.

(٣) التنبيه ص ٢٤١.

(٤) تحفة الفقهاء ٣/ ١٤٠، والهداية مع البناية ٥/ ٣٨٢.

(٥) مسلم في صحيحه في الحدود: باب حد الزنى ٣/ ١٣١٦، عن عبادة بن الصامت.

(٦) في أ وب: وأبيك، وهو سهو.

(٧) البخاري في صحيحه في الحدود: باب الاعتراف بالزنى ٨/ ٢٤-٢٥، ومسلم في صحيحه في الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنى ٣/ ١٣٢٤-١٣٢٥، والمراد بالشيخين البخاري ومسلم.

لهم:

قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ[١] وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾[٢]، فمن زاد التغريب فقد نسخ.

الدليل من المعقول:

لنا:

الزنى من فراغ البال، والسفر سبب المشقة[٣]، والإنسان يبلغ في بلده من الغرض[٤] ما لا يبلغ غريبًا[٥]، فصلح التغريب حدًا، كيف وقد قرن الإخراج من الوطن بالقتل، فالتحق بأشد العقوبات.

لهم:

التغريب لا يصلح حدًا؛ لأن الحد ما منع، والتغريب يعرض[٦] للزنى ويفتح بابه[٧] لزوال الحياء في الغربة، ولو غربت المرأة ومحرمها كان عقاب من لم يجن.

مالك: يغرب الرجل لا المرأة[٨].

أحمد: وافق في التغريب، والمحصن يجلد ويرجم[٩].

---

(١) في أ وب: والزانية، وهو خطأ، وكذا في جـ.
(٢) سورة النور، آية: ٢.
(٣) في ب: الشقة.
(٤) في ب: الأغراض.
(٥) في ب: عريبًا.
(٦) في ب: تعرض.
(٧) في ب: بانه.
(٨) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٠٩، والقوانين الفقهية ص ٢٣٢ـ٢٣٣.
(٩) المقنع مع المبدع ٩/ ٦٠ـ٦٤.

التكملة:

دوران[١] قولهم في التغريب أنه يرفع الحياء، فلا يشرع قول من يقول: الحد على ملإ من الناس يرفع الحياء، فلا يشرع[٢] ولا قائل بذلك، لكن يقال: الحد عقوبة زاجرة فمتى عاد عادت العقوبة، ثم إنا تلقينا التغريب من النص، فلا حاجة بنا إلى معنى، ويمكن أن يعلل بمحو أثر الفاحشة ببعد جانبها، ثم الحديث بيان لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾[٣]، فإن قيل: كان الجلد كل الحد، فبالتغريب صار بعضه، قلنا: كلية الحد عبارة عن شرع الحد وانتفاء غيره، أما شرع الحد فدلت عليه الآية ولم تدل على انتفاء غيره بعدم دليل عليه، فإذا ورد به دليل شرع، ولم ينسخ للآية[٤]؛ لأنه لم يثبت شيئًا تضمنت الآية نسخه، ولعل الأولى في الجدل تسليم كون الجلد كل الحد وشرع التغريب لاندراس[٥] ذكر الفاحشة فهو واجب آخر غير الحد.



(١) في ب: وزان.
(٢) في ب: سرع، وانظر هذا في المغني ٨/ ٢١١.
(٣) سورة النساء، آية: ١٥.
(٤) في ب: الآية.
(٥) في ب وجـ: لا يدرا من.

هوامش هذه المسألة:

أقل التغريب ستة عشر فرسخًا[١].

الخوارج: كل الحد الجلد للبكر والثيب[٢].

(١) المهذب مع تكملة المجموع ١٨/ ٤٠١، وفيه: «نفي إلى مسافة يقصر فيها الصلاة»، وهذه تعادل ١٦ فرسخًا.
(٢) المغني لابن قدامة ٨/ ١٥٧.

المسألة السابعة عشرة بعد الثلثمائة: شيز[١] .

هل الإسلام شرط في الإحصان؟ .

المذهب: لا[٢] .

عندهم: نعم[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

روي أن النبي عليه السلام رجم يهوديين زنيا، قال ابن عمر: وكانا قد أحصنا[٤]، فإن قالوا: رجمهما بحكم التوراة، قلنا: به أسوة، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ، فإن قالوا: رجمهما سياسة، فكذا نقول: وهل الحد إلا سياسة.

لهم

قول النبي عليه السلام: «**من أشرك بالله فليس بمحصن**»[٥] .

الدليل من المعقول:

لنا:

الجنايتان واحد، والكفر بالتغليظ أولى، وبيان استوائهما أنهما ارتكاب

---

(١) في ب وخاص أ: كز = ٢٧ .

(٢) نهاية المحتاج ٧/ ٤٠٦ .

(٣) تحفة الفقهاء ٣/ ١٣٩ .

(٤) أبو داود في سننه في الحدود: باب في رجم اليهوديين ٤/ ٦٠٠ .

(٥) الدارقطني في سننه ٣/ ١٤٧، وقال: لم يرفعه غير إسحاق، ويقال: إنه رجع عنه، والصواب موقوف، وأخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده على الوجهين كما في التلخيص الحبير ٤/ ٥٤ .

محظور الشرع والكفر لا يسقط الخطاب.

لهم:

الدين يعتبر إجماعًا فاعتبر كماله، ذلك لأن الزنى لا يكون بجناية[١] إلا بعد اعتقاد الحرمة وذلك بالدين، وينبغي أن يعتقد دينًا هو نعمة، وكمال النعمة لابد منه لكمال العقوبة، والنعمة الكاملة هو[٢] الإسلام وهو حد يعتبر في وجوبه الإحصان[٣] فاعتبر الإسلام كحد القذف.

مالك: ف[٤].

أحمد[٥]:

التكملة:

الكفار يكمل جلد أبكارهم ورجم ثيبهم كالمسلمين لأن الفعل يعتبر[٦] للحد بصفة كونه جناية وتثبت هذه الصفة بقيام خطاب التحريم واعتقاد الفاعل قيام الخطاب، واستواء[٧] الكافر والمسلم الثيبين[٨] في المعنى يوجب التسوية[٩] في الحد لا فارق[١٠] إلا الكفر، وهو جناية تناسب التغليظ لا

(١) في ب: خيانة.
(٢) هو: ساقطة من ب وجـ.
(٣) في ب: الإحسان.
(٤) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢١٠.
(٥) المغني لابن قدامة ٨/ ١٦٣، وقال: ولا يشترط الإسلام في الإحصان.
(٦) في أ: تعتبر.
(٧) في أ: واستوى.
(٨) في أ: الثيبان، وفي جـ: اليقينين.
(٩) في أ: السوية.
(١٠) في ب وجـ: الفارق.

التخفيف ولو أثر الكفر تخفيفًا لتشطر الجلد، فإن التشطير[١] أيسر من الإسقاط، ثم المعتبر في الحد هو الحرية والعقل والإصابة[٢] في الحلال والدين، وقد اكتفينا في كل منها بما وقع عليه الاسم[٣] ويكفي من الدين هاهنا اعتقاد التحريم.

* * *

(١) في ب وجـ: التشطر.

(٢) في ب وجـ: والأصل.

(٣) في أ: الإثم.

هامش هذه المسألة:

من شرط الإحصان وطء في نكاح صحيح[١].

قال أبو ثور: يحصل الإحصان بالوطء في النكاح الفاسد[٢].

* * *

(١) المهذب مع تكملة المجموع ١٨/ ٣٥٩، والمغني لابن قدامة ٨/ ١٦٢.

(٢) المغني لابن قدامة ٨/ ١٦٢.

المسألة الثامنة عشرة بعد الثلثمائة: شيح[١] .

العدد في الإقرار بالزنى .

المذهب: لا يعتبر[٢] .

عندهم: يحتاج إلى أربعة أقارير[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

خبر الغامدية[٤] ، وأنها أقرت مرة وقالت في الثانية: أتردني كما رددت ماعزاً[٥] ، ولم ينكر النبي عليها ولا قال لها: تحتاج إلى أربعة أقارير، وقوله عليه السلام: «**واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها**»[٦] .

لهم:

قصة ماعز وأن النبي عليه السلام أعرض عنه حتى أقر أربعة أقارير ثم قال له: «**الآن أقررت أربعًا**»[٧] .

الدليل من المعقول:

لنا:

وجد سبب وجوب الحد، فوجب ذلك، لأن الإقرار سبب الوجوب

---

(١) في ب: وخاص أ: كح = ٢٨ .
(٢) مغني المحتاج ٤/ ١٥٠ .
(٣) تحفة الفقهاء ٣/ ١٤٠ .
(٤) في أ، ب: العامرية .
(٥) أبو داود في سننه في الحدود: باب المرأة التي أمر النبي ﷺ برجمها من جهينة ٤/ ٥٨٨ـ ٥٩٠ .
(٦) البخاري في صحيحه في الحدود: باب الاعتراف بالزنى ٨/ ٢٤ـ ٢٥ .
(٧) البخاري في صحيحه في الحدود: باب سؤال الإمام المقر هل أحصنت ٨/ ٢٤ .

وقد وجد وصار حجة باعترافه مع عدم التهمة.

لهم:

نقيس على الشهادة فنقول: إحدى حجتي الزنى فاختصت بزيادة عدد كالشهادة، كل ذلك ستراً لهذه الحال الفاحشة حتى ضيق عليها[١] بتكثير الشهود وتكرير الأقارير.

مالك: ق[٢].

أحمد: ف[٣].

التكملة:

قضية ماعز لا حجة[٤] فيها؛ لأنه عليه السلام أعرض[٥] كيلا يسمع الفاحشة، وما[٦] كان مقراً إنما كان يقول: طهرني، وكأن النبي عليه السلام أنكر حاله ولهذا سأله وسأل عنه وفرق بين الإقرار والشهادة لأن في زيادة الشهادة معنى وتوثقة ليست في تكرار الإقرار، والمستند في هذه المسألة النصوص، والخوض في القياس لا وجه له، فإن المقدرات لا تعرف بالقياس[٧].

* * *

(١) في ب: فيها.
(٢) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢١١، والمنتقى للباجي ٧/ ١٤٢.
(٣) المقنع مع المبدع ٩/ ٧٤.
(٤) في ب: لا حجد.
(٥) أعرض: ساقطة من ب.
(٦) في ب: وما ما كان.
(٧) في ب: القياس.

* * *

المسألة التاسعة عشرة بعد الثلثمائة: شيط[١] .

العاقلة إذا مكنت صبيًا أو مجنونًا أو مكرهًا .

المذهب: وجب عليها الحد[٢] .

عندهم: ف[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي...﴾[٤] الآية، سماها زانية وبدأ بها والاسم بحقيقته حتى يقوم دليل[٥] المجاز، ووزان الآية قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾[٦]، سوى[٧] بينهما حدًا واسمًا .

لهم:

قول الله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ﴾[٨]، وجه الدليل: إضافة الفعل إلى الرجل وجعل النساء محلاً كالأرض للحارث .

الدليل من المعقول:

لنا:

الدليل على أنها زانية الاسم والحقيقة ووجوب حد الزنى عليها ولم تكن

(١) في ب: وخاص أ: كط = ٢٩ .
(٢) الوجيز ٢/ ١٦٧ .
(٣) الهداية مع البناية ٥/ ٤١٩، والجامع الصغير ص ٢٢٩ .
(٤) سورة النور، آية: ٢، وفي ب: والزانية، وهو خطأ .
(٥) في ب: ودليل .
(٦) سورة المائدة، آية: ٣٨ .
(٧) في أ: سوا .
(٨) سورة البقرة، آية: ٢٢٣ .

بزانية في محل الإجماع لمعنى في[1] الرجل لكن لمعنى فيها، يدل عليه أن الرجل لو زنا بصغيرة سمي زانيًا، وصورة فعل الزنى موجودة منهما[2]، فإنه قضى شهوة الفرج على غير الوجه الشرعي.

لهم:

ليست زانية، فلا تحد، لأن الزنى حركة الرجل، يقال: زنا في الجبل إذا صعد، ومحل الفعل لا يشارك الفعل، والفرق بينهما: أن المرأة موطوءة والرجل واطئ[3] ويجب المهر عليه لها لكن وجب الحد عليها حيث مكنت من زنا وأفعال هؤلاء ليست زنى فلا يجب عليها الحد وسميت زانية مجازًا.

مالك: ق[4].

أحمد[5]:

التكملة:

يشهد لكونها زانية وجوب الحد على من قال لها: زنيت وتعلق البر والحنث بفعلها إذا عقدت اليمين على الزنى، وقول الغامدية[6] زنيت لقول ماعز، وقولهم[7]: إن الزنى فعل، جوابه أن نقول: تمكينها فعل أم ليس بفعل؟ فإن لم يكن فعلاً فبم[8] عصت وحدت وعماذا زجرت؟ وبالجملة

(١) في: ساقطة من ب.
(٢) في ب: بينهما.
(٣) في ب: واط.
(٤) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢١٠.
(٥) في ب: خلاف، وفي أ: بياض، وانظر المسألة في: المقنع مع المبدع ٩/ ٧٤، ومفهومه عليها الحد كالشافعي ومالك، وهداية أبي الخطاب ٢/ ١٠٠.
(٦) في أ، ب: العامدية.
(٧) في ب: قولهم.
(٨) في أ: فبما.

تسمى زانية والموجود منها فعل التمكين من الإيلاج، والحقيقة أن الزنى من كل واحد منهما هو فعله المحرم عليه في الواقعة المخصوصة وهو قضاء[١] وطر الفرج بطريق مقصود محرم[٢] قطعًا هذا حد الزنى، فالرجل بالإيلاج[٣]، وإن كان مع عاقلة أو مجنونة، وكذلك المرأة بالتمكين[٤]، وداعية المرأة كداعية الرجل، وحقيقة الجماع التقاء الختانين، وإنما سمي الرجل واطئًا والمرأة موطوءة؛ لأن الغالب سكون المرأة وحركة الرجل، وإلا البضعان متماسان أحدهما محيط[٥] والآخر محاط[٦] به والفعل واحد.

* * *

(١) في ب وجـ: قضى.
(٢) في أ: ويجرم.
(٣) في ب وجـ: «زان» بدل: «وان».
(٤) في ب: بالتمكن.
(٥) في أ: مخيط.
(٦) في أ: مخاط، وسقطت: «به» منها.

* * *

المسألة العشرون بعد الثلثمائة : شك[١] .

إذا عقد على ذوات محارمه كأمه وأخته ووطئ .

المذهب : حد[٢] .

عندهم : ف[٣] .

الدليل من المنقول :

لنا :

قال الله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾[٤]، أضاف التحريم إلى عينهن فخرجن عن أن يكن محلاً .

لهم : . . .[٥] .

الدليل من المعقول :

لنا :

كون المحل محلاً إنما يعرف بالشرع لا حسًا ، والأم في حق الابن ليست

(١) في ب وخاص أ : ل = ٢٠ .

(٢) التنبيه ص ٢٤٢ .

(٣) تحفة الفقهاء ٣/ ١٣٨ ، وبدائع الصنائع ٧/ ٣٥ .

(٤) سورة النساء، آية : ٢٣ .

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه : «وإذا عقد على ذات رحم محرم من النسب والرضاع ، فإن العقد باطل ، وإذا وطئ في هذا العقد مع علمه بالتحريم ، وكذلك لو عقد على امرأة في عدة من غيره فوطئها ، وكذلك لو ملك ذات محرم منه بالرضاع فوطئها عالمًا بالتحريم قال مالك : يجب عليه الحد (وكذلك الشافعي وأحمد، وعن أبي[١] حنيفة يجب عليه التعزير)»[٢][٣] .

(١) في أ : وعن أبو ، وهو لحن .

(٢) ما بين القوسين وضع في : «لنا» في أ .

(٣) الإفصاح ٢/ ٢٤٠ .

محلاً فصار العقد عليها كلا عقد فوجب الحد، ثم الأصل في الأبضاع التحريم، وإنما يستباح بالعقود الشرعية، فهو إذن عقد أخطأ[١] محله قطعًا فلا يثير شبهة كما لو عقد على غلام.

لهم:

وطء وجد عقيب عقد معتبر فأسقط الحد قياسًا على ما لو وطئ[٢] في نكاح بغير ولي ولا شهود، ذلك لأن العقد صادف محله لأن المرأة محل العقد بدليل حالها مع الأجنبي وبكونها أنثى آدمية، ثم الشبهة من مشابهة هذا العقد للعقد الحلال، ويتأيد بما لو اشترى أخته رضاعًا، فإنه لا يحد بوطئها.

مالك: ف[٣].

أحمد[٤]:

التكملة:

أجمعنا على أنه لو اشترى أمه[٥] ووطئها مع العلم بحصول العتق وجب الحد فإن يجب عليه في النكاح أولى؛ لأن الشراء[٦] عقد العقد وأفاد الملك، ثم القرابة قطعته، وعندهم لو طرى على النكاح رضاع أو مصاهرة، ووطئ

---

(١) في ب وجـ: اخطى.

(٢) في أ: لوطى بإسقاط واو وطئ.

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٢٠، وهو موافق للشافعي لا مخالف كما في النسخ الثلاث.

(٤) مغني ابن قدامة ٨/ ١٨٢، وعليه الحد كقولي الشافعي ومالك، والمنح الشافيات ٢/ ٦٢٢.

(٥) في ب: أمة.

(٦) في النسخ كلها: الشرى.

مع العلم وجب الحد، فنقول: إذا كان طريان ذلك يدفع شبهة عقد قد سبق (فلأن تنفى به)[1] الشبهة أولى، فإن قالوا: ما الشبهة الدارئة للحد؟ قلنا: هي شبهة في الفاعل، وهي جهله بالتحريم، وذلك إذا ظن الموطوءة منكوحته أو أمته أو أمثال ذلك، أو اشتباه تحريم الفعل على العلماء كالنكاح[2] بغير ولي ولا شهود، فإنا لا نعلم محرم هو أم لا؟ وعلى هذا نكاح المتعة يجب فيه الحد، لأن بطلانه معلوم، الثالث قيام المبيح بعينه كالملك في الأخت من الرضاع والجارية المنكوحة والجارية المشتركة وفيه اختلف قول الشافعي، فإن منع انحصرت الشبهة في قسمين، وإن سلم، فلأن عين البضع للمالك ولهذا يصرف إليه بدله، وإنما منع من الوطء لمانع فصار كما لو منع عن وطء زوجته حيض، والاستئجار على الزنى هذا طريقه، فإنه باطل قطعًا وهي مسألة مفردة.

* * *

(١) في ب وجـ: فلأن يبقى اقترانه.

(٢) في ب: فالنكاح.

* * *

اللوحة ٧٦ من المخطوطة أ :

الإجارة عقد شرع[١] بطريق الضرورة لدفع حاجة يعتاد دفعها بطريق الإجارة لا لتمليك مطلق للمنفعة، ألا ترى أنه (لو استأجر الأشجار يستظل بها ويجفف[٢] عليها) ثوبه لم يصح، وإن كانت منفعة حقيقة إلا أنه لا يحتاج إلى استيفائها عادة كذلك هاهنا منافع البضع لا يعتاد استيفاؤها بطريق الإجارة، فلا تكون[٣] الإجارة سببًا للتمليك فيها، ومما يلتحق بمسألة السيد وعبده أن نقول: اسم الحق مشترك يستعمل تارة في معنى مفرد ويكون نقيض الباطل، ويستعمل مضافًا وهو الذي يختص به الغير ويطلب منه رعاية جانبه لأن كل شيء سبب لمعنى[٤] يطلب منه، فمن كان ذلك المعنى مطلوبًا له كان الحق له وتبين إذًا أن الحد ينتفع به المالك لأن به يصلح ملكه، فيملكه كما يملك التعزير.

مسألة: يقطع السارق في ربع[٥] دينار[٦]، وعندهم في عشرة دراهم[٧]، لنا: ما روت عائشة رضي الله عنها عن النبي عليه السلام أنه قال: «**لا يقطع السارق إلا في ربع دينار فصاعدًا**»[٨] لأنه[٩] سرق ربع دينار من حرز مثله لا

(١) في أ: شرع غير واضحة.
(٢) ما بين القوسين في أ غير واضح.
(٣) في ب: يكون.
(٤) في ب: بمعنى.
(٥) في ب: بربع.
(٦) الوجيز ٢/ ١٧١، والمنهاج مع مغني المحتاج ٤/ ١٥٨، والتنبيه ص ٢٤٥.
(٧) تحفة الفقهاء ٣/ ١٤٩، والهداية مع البناية ٥/ ٥٢٩، واللباب ٣/ ٩٢.
(٨) البخاري في صحيحه في الحدود: باب قول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ ٨/ ١٦ - ١٧، عن عائشة بلفظ: «تقطع اليد في ربع دينار فصاعدًا»، ومسلم في صحيحه في الحدود: باب حد السرقة ونصابها ٣/ ١٣١٢، عن عائشة، بلفظ المخطوطة تقريبًا.
(٩) في ب: ولأنه.

شبهة له فيه والسارق من أهل القطع، فوجب القطع كما لو هتك الحرمة مع آخر وأخذ ربع دينار وأخذ شريكه تمام دينارين، ولا يقال: إن المعنى في الأصل أن المسروق لو قسم بينهما نصفين يحصل[1] لكل واحد منهما ما يجوز أن يكون صداقًا فجاز أن يجب القطع.

وفي مسألتنا المسروق قدر لا يتقدر به المهر، فلا يتقدر به نصاب السرقة كما دون الربع، لأن معنى الأصل يبطل بما إذا وقف أحدهما خارج الحرز ودخل الآخر وأخذ دينارين، فإنه لا يجب القطع على الخارج وإن كان المأخوذ نصابًا في حق كل واحد منهما، ومعنى الفرع لا يصح؛ لأنه ليس إذا لم يتقدر به عوض في عقد لم يتقدر[2] به النصاب.

مسألة: يجب القطع بسرقة المصحف وغيره من الكتب[3] خلافًا له[4].

لنا: أن ما تعلق به القطع قبل[5] أن يكتب عليه تعلق به بعد الكتابة كالثياب، والاختلاف في بيع المصاحف حدث بعد زمن النبي فلا يغير حدًا

(١) في ب: لحصل.
(٢) في أ: يتعذر.
(٣) الأرجح إذا كان المصحف موقوفًا عدم القطع كما في حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب ٤/ ١٤٠، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي ٩/ ١٣٢، وحاشية القليوبي ٤/ ١٨٨، وفي الهداية مع البناية ٥/ ٥٤٧، نقل عن الشافعي القطع في سرقة المصحف المملوك، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٧١، والقوانين الفقهية ص ٢٣٦، والمغني لابن قدامة ٨/ ٢٤٧، واختار القاضي القطع وقال: هو ظاهر كلام أحمد، والمدونة ٤/ ٤١٨.
(٤) الهداية مع البناية ٥/ ٥٤٧، واللباب في شرح الكتاب مع المتن ٣/ ٩٥، وتحفة الفقهاء ٣/ ١٥٤، وبدائع الصنائع ٧/ ٦٨.
(٥) من ب: سقط قبل.

ثبت في زمن النبي عليه السلام[١] ، فإن قالوا: حقوق الناس متعلقة بالمصحف لقوله عليه السلام: «**تعلموا القرآن**»[٢]، والتعلم لا يكون إلا بالتمكين[٣]، قلنا: الواجب تعلم فاتحة الكتاب والتعلم لا ينافي اليد. واعلم[٤] أن أبا حنيفة لا يوجب القطع بسرقة الكتب وإن[٥] كان عليها حلي قيمته نصاب[٦] ، لأن المقصود منها القراءة لا المال، وإذا سرق إناء من فضة قيمته نصاب وفيه ماء أو خمر وجب القطع عندنا[٧] خلافًا لهم[٨] ، والملاهي إن كانت مفصلة قيمتها ربع دينار وجب القطع[٩] .



(١) عليه السلام: ساقطة من ب.

(٢) الدارمي في سننه في فضائل القرآن: باب فضل من قرأ القرآن ٢/ ٤٢٩، وابن ماجه في سننه، حديث رقم ٢١٧، وأحمد في مسنده ٤/ ١٥٠.

(٣) في ب: بالتمكن.

(٤) واعلم: ساقطة من أ.

(٥) كان: ساقطة من ب.

(٦) الهداية مع البناية ٥/ ٥٤٧.

(٧) المهذب مع تكملة المجموع ١٩/ ٣٨.

(٨) الهداية مع البناية ٥/ ٥٤٨.

(٩) المهذب مع تكملة المجموع ١٩/ ٣٨.



المسألة الحادية والعشرون بعد الثلثمائة: شكا[1] .

إذا استأجر امرأة ليزني بها فزنى .

المذهب: وجب الحد[2] .

عندهم: ف[3] .

الدليل من المنقول:

لنا: . . .[4] .

لهم:

قوله تعالى: ﴿وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[5] أي مهورهن[6] ، والمهر خاصة للنكاح فقد وجد بشبهة النكاح فدرأ الحد، وروي أن أمرأة[7] استسقت راعيًا فأبى إلا أن تمكنه ففعلت فرفعت القصة إلى عمر رضي الله عنه فدرأ الحد عنها[8] .

---

(١) في ب وخاص أ: لا؛ أي ٣١.

(٢) المهذب مع تكملة المجموع ١٨/ ٣٧٥، ونهاية المحتاج ٧/ ٤٠٥ .

(٣) المختار مع الاختيار ٤/ ٩٠، وفيه: لا حد عليه ويعزر.

(٤) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «إذا استأجر امرأة ليزني بها ففعل فقال مالك والشافعي وأحمد: عليه الحد إن كان بكرًا حد حد البكر، وإن كان محصنًا حد حد الإحصان، وقال أبو حنيفة: لا حد عليه[1] ، والله سبحانه أعلم».

(٥) سورة النساء، آية: ٢٥ .

(٦) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ٤/ ٨٥، وزاد المسير في علم التفسير ٢/ ٥٧ .

(٧) في أ: المرأة.

(٨) في ب: عنهما، ذكر ذلك في الاختيار لتعليل المختار ٤/ ٩١، وذكره في المبسوط ٩/ ٥٨، ورواه وكيع في نسخته كما في كنز العمال ٥/ ٤٣٥ .

---

(١) الإفصاح ٢/ ٢٤٠.

الدليل من المعقول:

لنا:

زان فوجب عليه الحد، دليل ذلك ما قبل هذا العقد، فلو خرج عن الزنى لكان به، وهذا عقد باطل وجوده عدم فقد أخطأ محله؛ لأن البضع ليس مالاً ولا شبهة إذ لم يصادف محله ولو صح دعوى المجاز انعقد به النكاح.

لهم:

عقد الإجارة يحتمل أن يجوز به عن النكاح؛ لأنهما[1] يعقدان على المنفعة وإذا اتفق محل العقدين احتمل المجاز بأحدهما عن الآخر، فكان ذلك شبهة، ولو قال: أمهرتك لأزني بك سقط الحد، وإن منعتم ألزمناكم أن لو قال: نكحتك لأزني بك والمهر من خواص النكاح.

مالك[2]:

أحمد[3]:

التكملة:

أما أثر عمر رضي الله[4] عنه فقد قيل: إن المرأة كانت قريبة عهد بالإسلام جاهلة بتحريم الزنى، ثم[5] هو مذهب واحد من الصحابة في محل الاجتهاد فلا يقلد، وبالجملة نقول: الإجارة عقد مالي[6] يعتمد ملك اليمين،

---

(١) في ب: فإنهما يعتقدان.

(٢) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٢٠، وقال: وعليه الحد.

(٣) مغني ابن قدامة ٨/ ٢١١، وفيه فعليهما الحد، وهداية أبي الخطاب ٢/ ٩٩.

(٤) رضي الله عنه: ليست في أ.

(٥) ثم: ساقطة من ب.

(٦) في ب: يفيد.

والمستمتع يدخل[١] بملك[٢] النكاح، فقد أخطأ العقد محله والمهر لازم للنكاح[٣]، ووجود لازم الشيء لا يثبت شبهة فيه كما لو زنى بمشهد عدول وولي، فإن هذا شرط النكاح ولازمه ويجب الحد، ويدل عليه أنه إذا قال لغيره: زنيت بعوض وجب عليه الحد، ثم المستوفى بالعقد إن كان[٤] منفعة حقيقة لكن حكمه حكم الأجزاء لأن الشرع أعطى منافع البضع أحكام الأعيان وهذا لا يجري فيها البدل والإباحة بخلاف سائر المنافع، ولهذا التأبيد[٥] شرط التمليك فيها، ولهذا قالوا: وطء الثيب يمنع الرد بالعيب.

* * *

(١) في ب: يحل.
(٢) في ب: ملك.
(٣) في ب: النكاح.
(٤) في ب: في منفعة.
(٥) في ب: التأبيد.

* * *

المسألة الثانية والعشرون بعد الثلثمائة: شكب[1] .

اللواط[2] .

المذهب: يوجب الحد[3] .

عندهم: ف[4] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قال النبي عليه السلام: **«من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوه: الفاعل والمفعول»**[5][6]، وروى أبو موسى الأشعري[7] رضي الله عنه: «إذا

---

(١) في ب وخاص أ: لب = ٣٢.

(٢) سمي بذلك لأن أول من عمله قوم لوط، كما في تحرير ألفاظ التنبيه ص ٣٢٤، وهو من الفواحش الكبار كما في روضة الطالبين ١٠/ ٩٠.

(٣) روضة الطالبين ١٠/ ٩٠.

(٤) الكتاب مع شرحه اللباب ٣/ ٨٣، وقال: فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر، والنتف في الفتاوى ٢/ ٦٤٠، والجامع الصغير ص ٢٣٠، وقال: يعزر ويودع السجن، والهداية مع البناية ٥/ ٤٠٨، والمختار ٤/ ٩٠.

(٥) في ب: والمفعول به.

(٦) أبو داود في سننه في الحدود: باب فيمن عمل عمل قوم لوط ٤/ ٦٠٧-٦٠٨، والترمذي في جامعه في الحدود: باب ما جاء في حد اللوطي ٤/ ٥٧، وابن ماجه في سننه في الحدود: باب من عمل عمل قوم لوط ٢/ ٨٥٦، وفي تلخيص الحبير ٤/ ٥٤، قال: واستنكره النسائي، وقال: ورواه ابن ماجه والحاكم من حديث أبي هريرة وإسناده أضعف من الأول بكثير.

(٧) هو عبد الله بن قيس بن سليم الأشعري، مات بالكوفة سنة اثنتين وخمسين، وقيل: سنة اثنتين وأربعين، وكان ممن بعثه رسول الله ﷺ إلى اليمن ليعلم الناس القرآن، وولاه عمر رضي الله عنه البصرة، قال مسروق: كان العلم في ستة نفر =

أتى الرجل الرجل فهما زانيان»[1].

لهم:

قوله عليه السلام: «**لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث**»[2].

الدليل من المعقول:

لنا:

اللواط مثل الزنى فيوجب ما يوجب فهو كالقتل بالمدية[3] بإضافته إلى السيف والمماثلة صورة ومعنى؛ لأنه إيلاج فرج في فرج محرم لقضاء الشهوة والفرج مشتهى[4] طبعًا محرم شرعًا ونمنع[5] عدم جريان القياس في الأسماء.

= من أصحاب رسول الله ﷺ يصفهم أهل الكوفة: عمر وعلي وعبد الله وأبو موسى وأبي وزيد بن ثابت. انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٤٤، وشذرات الذهب ١/ ٥٣، في سنته ٤٤، والعبر ١/ ٣٧.

(١) البيهقي في سننه ٨/ ٢٣٣، وقال في تلخيص الحبير ٤/ ٥٥: وفيه محمد بن عبد الرحمن القشيري، كذبه أبو حاتم، وقال أيضًا: ورواه أبو الفتح الأزدي في الضعفاء، والطبراني في الكبير من وجه آخر عن أبي موسى، وفيه بشر بن الفضل البجلي وهو مجهول، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى كما في الفتح الكبير ١/ ٦٥.

(٢) أبو داود في سننه في الديات: باب الإمام يأمر بالعفو بالدم ٤/ ٦٤٠، وابن ماجه في سننه في الحدود: باب لا يحل دم امرئ مسلم إلا في ثلاث ٢/ ٨٤٧، وأحمد في مسنده ١/ ٦١، ٦٣.

(٣) في ب: بالدية.

(٤) في أ: مشتهًا.

(٥) في ب: يمتنع.

لهم:

هذا ليس بزنى[١]، لأن له اسمًا يخصه والأسماء لا تثبت[٢] بالقياس وينفى عنه الزنى وليس في معنى الزنى؛ لأن الزنى يفسد الفرش ودواعيه آكد؛ لأنه من الجانبين، فلا يلحق اللواط به، فلا هو هو ولا يقاس عليه.

مالك: يرجم بكرًا كان أو ثيبًا[٣]

أحمد: وافق مالكًا[٤].

التكملة:

طريق المعنى تنقيح المناط في حد الزنى فنقول: الحد عقوبة فيعتبر (له[٥] ما هو جناية)، وفعل الجناية إيلاج فرج في فرج كما ذكر وقد وجد باللواط، يبقى أن الزنى في محل الحرث وهو مفسدة للنسب[٦]، وهذه زيادة غير معتبرة إجماعًا بدليل الزنى بالصغيرة، والحكم المعلل بمعنى إنما يدار على سبب ظاهر إذا احتمل ذلك السبب ذلك المعنى واشتمل عليه، أما إذا عرف انتفاء[٧] ذلك المعنى قطعًا، فلا يعتبر كالجرح المستعقب الزهوق هو[٨] موجب القصاص؛ لأنه سبب الزهوق غالبًا، ومع ذلك لو تعقبه[٩] حز الرقبة

---

(١) في ب: بزان.
(٢) في ب: يثبت.
(٣) القوانين الفقهية ص ٢٣٢.
(٤) المغني لابن قدامة ٨/ ١٨٧ ـ ١٨٨، في إحدى الروايتين.
(٥) في ب وجـ: أيهما هو جناية.
(٦) في أ: النسب.
(٧) في ب وجـ: انتفى.
(٨) في ب: وهو.
(٩) في ب: يعقبه.

لم يبق سببًا، فإن قيل: كيف بقي فرق بين المحصن والبكر في جانب (المفعول والإحصان عديم الأثر في حقه؟، قلنا: لا يشرع في المفعول به)[1] غير الجلد على هذا المساق.

* * *

(١) ما بين القوسين غير واضح في ب.

هوامش هذه المسألة:

كان ابن أبي ليلى يحرق اللوطي[1].

قال ابن عباس: يطلب أعلى حائط في القرية يلقى منه ثم يتبع بالحجارة[2].

الإمامية: من لاط بغلام فأوقب حرمت عليه أم الغلام وأخته وابنته[3].

* * *

(١) قال ابن القيم في السياسة الشرعية ص ١٠٤: روي عن الصديق أنه أمر بتحريقه. ط ٤ سنة ١٩٦٩م دار المعرفة.

(٢) نيل الأوطار ٧/ ٢٨٧، وعزاه لابن عباس وابن أبي شيبة في مصنفه ٩/ ٥٢٩، ونصب الراية ٣/ ٣٤٢.

(٣) المختصر النافع ص ٦٠٢، ومعنى أوقب: أدخل، تقول: وقبت الشمس إذا غابت ودخلت موضعها، ووقب الظلام دخل على الناس، كما في الصحاح ١/ ٣٢٤، مادة: «وقب».

المسألة الثالثة والعشرون بعد الثلثمائة: شكج[١] .

سرقة[٢] الفواكه الرطبة.

المذهب: يجب فيه القطع[٣] .

عندهم: ف[٤] .

الدليل من المنقول:

لنا:

العمومات الدالة على قطع السارق، وروي: «**لا قطع في شيء من الثمار حتى يؤويها الجرين، ولا في شيء من المواشي حتى يؤويها المراح**»[٥] .

---

(١) في ب وخاص أ: لج = ٣٣.

(٢) السرقة لغة: أخذ الشيء من الغير خفية أي شيء كان، وشرعًا: أخذ مكلف عاقل بالغ خفية قدر عشرة دراهم، كما في أنيس الفقهاء للقونوي ص ١٧٦ .

(٣) المهذب مع تكملة المجموع ١٩/ ١١ .

(٤) تحفة الفقهاء ٣/ ١٥٣ ، وبدائع الصنائع ٧/ ٦٩ ، والهداية مع البناية ٥/ ٥٤٤ .

(٥) البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٢٦٦ ، بلفظ: «**لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل فإذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن**».
والمراح: موضع مبيتها كما في تحرير ألفاظ التنبيه ص ١٠٨ .
والجرين: هو الموضع الذي يجفف فيه التمر كما في الصحاح ٥/ ٢٠٩١ ، والحريسة: تفسر تفسيرين؛ فبعضهم يجعلها السرقة نفسها، يقال: حرست أحرس حرسًا: إذا سرق، فيكون المعنى أنه ليس فيما يسرق من الماشية بالجبل قطع حتى يؤويها المراح، والتفسير الآخر: أن تكون الحريسة هي المحروسة، فيقول: ليس فيما يحرس في الجبل قطع؛ لأنه ليس بموضع حرز كما في غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام ٣/ ٩٨ - ٩٩ ، وقال في التلخيص الحبير ٤/ ٦٥ ، في هذا الحديث: إنه معضل.

لهم:

قال النبي عليه السلام: «**لا قطع في ثمر ولا كثر**»(١)، وقال: «**ادرءوا الحدود بالشبهات**»(٢)، وذلك يخصص كثيراً من العمومات الواردة في الحدود.

الدليل من المعقول:

لنا:

سرق نصابًا كاملاً من حرز مثله لا شبهة له فيه، والسارق من أهل

---

(١) أبو داود في سننه في الحدود: باب ما لا قطع فيه ٤/ ٥٤٩، والترمذي في جامعه في الحدود: باب ما جاء لا قطع في ثمر ولا كثر ٤/ ٥٢، وابن ماجه في سننه في الحدود: باب لا قطع في ثمر ولا كثر ٢/ ٨٦٥، وقال في الزوائد: في إسناده عبد الله بن سعيد المقبري، وهو ضعيف - عن أبي هريرة، والنسائي في سننه: باب ما لا قطع به ٨/ ٨٦-٨٧، والثمر: ما كان معلقًا بالشجر قبل أن يجد ويحرز، والكثر: جمار النخل، انظر: حاشية الإمام السندي على سنن النسائي ٨/ ٨٦-٨٧.

(٢) الترمذي في جامعه في الحدود: باب ما جاء في درءالحد ٤/ ٣٣، بلفظ: «**ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة**»، وقال أبو عيسى: حديث عائشة لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة، وقال: يزيد بن زياد الدمشقي ضعيف في الحديث، والحاكم في مستدركه ٤/ ٣٨٤، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وذكره الذهبي في تلخيصه وقال: قلت: قال النسائي: يزيد بن زياد شامي - متروك، والبيهقي في سننه في الحدود: باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات ٨/ ٢٣٨، وقال: ورواه وكيع عن يزيد بن زياد موقوفًا على عائشة، تفرد به يزيد عن الزهري وفيه ضعف، ورواه رشدين بن سعد عن عقيل عن الزهري مرفوعًا ورشدين ضعيف، ورواية وكيع أقرب إلى الصواب.

القطع، بيان الأوصاف ظاهرة، والمالية كاملة، والتفاوت في البقاء لا أثر له كالحيوان مع الجماد، والقوارير مع زير الحديد، والمالية بالعرف.

لهم:

مال تافه لا يوجب القطع أو ناقص المالية، ذلك لأن المال ما يصلح للحال والمآل وهذا إنما يصلح للحال وحال[١] المالية لقيام الرطوبة المفسدة فأعطي حكم التالف كالمرتد[٢] لما انعقد سبب هلاكه عد هالكًا.

مالك: ق[٣].

أحمد[٤]:

التكملة:

الجمع بين الحديثين: أن الثمار كانت في حدائقهم[٥] غير محرزة[٦] في غالب الأمر، وإنما تحرز[٧] بالجرين، ثم الأدهان والخلول[٨] من المائعات وتدخر[٩]، وكذلك الفاكهة الرطبة كالعنب والرطب يتمول زبيبًا وتمرًا ويعد من أيسر[١٠] الأموال، والطبائخ والرياحين أموال مقصودة يرغب[١١] فيها

(١) في أ: وحلل.
(٢) في أ: المرقد.
(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٧٠.
(٤) المنح الشافيات ٢/ ٦٣٦، والمغني لابن قدامة ٨/ ٢٥٨، وفيهما: لا قطع بل غرامة مثليه.
(٥) في ب: في حد القيم.
(٦) في ب: محرره.
(٧) في ب: تحرز بالحرين.
(٨) في ب: الحلوا.
(٩) في ب: وتذخر.
(١٠) في ب: أنفس.
(١١) في أ: ويرغب.

ويتجر[١] بها، وكمال المالية بكمال المنافع والقيم، ويتأيد[٢] بأن ولي اليتيم يجوز (له صرف)[٣] ماله فيها ويجوز جعلها صداقًا، ثم ما ليس بمال في الحال كالجحش (لتوهم[٤] ضرورته» ما لا يجب القطع بسرقته (فما[٥] هو) مال في الحال أولى، والمرتد لا نجعله[٦] ميتًا.

* * *

(١) في ب: ويتجر.
(٢) في ب: وييأيد.
(٣) في ب: لتصرف.
(٤) في ب: ليوهم صيرورته.
(٥) في ب: فهو.
(٦) في ب: يجعله.

هوامش هذه المسألة:

النصاب ربع دينار أو قيمته[١].

الحسن البصري: يقطع في نصف دينار[٢].

قال عثمان البتي: يقطع في درهم[٣].

* * *

(١) المهذب مع تكملة المجموع ١٩/ ٤.
(٢) المغني ٨/ ٢٤٢، وبه: روي عن الحسن: لا تقطع إلا في الخمس، وتكملة المجموع ١٩/ ١٠، والقوانين الفقهية ص ٢٣٦.
(٣) تكملة المجموع ١٩/ ١٠، ومغني ابن قدامة ٨/ ٢٤٢.

المسألة الرابعة والعشرون بعد الثلثمائة : شكد[١] .

أيقيم السيد الحد على عبده؟ .

المذهب : نعم[٢] .

عندهم : لا[٣] .

الدليل من المنقول :

لنا :

قال النبي عليه السلام : «**أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم**»[٤]، وظاهره الوجوب، فلا أقل من أن يقتضي الجواز، وقال عليه السلام : «**إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها**[٥] **الحد**»[٦] .

لهم :

قال النبي عليه الصلاة والسلام : «**أربعة إلى الولاة : الخراج، والحد،**

(١) في ب وخاص أ: لد = ٣٤ .

(٢) روضة الطالبين ١٠/ ١٠٢ ، والمهذب مع تكملة المجموع ١٨/ ٣٩١، ونهاية المحتاج ٧/ ٤١٢ .

(٣) الهداية مع البناية ٥/ ٣٧١ .

(٤) أبو داود والنسائي والبيهقي من حديث علي كما في تلخيص الحبير ٤/ ٥٩ ، والترمذي في الحدود: باب ما جاء في إقامة الحد على الإماء ٤/ ٤٧ ، كلفظ البيهقي وأحمد، والبيهقي ٨/ ٢٤٢ ، بلفظ : «**أقيموا الحدود على أرقائكم**» ، وأحمد في مسنده كما في الفتح الرباني ١٦/ ١٠٦ .

(٥) في أ: فليحدها .

(٦) البخاري في صحيحه في الحدود: باب لا يثرب على الأمة إذا زنت ولا تنفى ٨/ ٢٩ ، ومسلم في صحيحه في الحدود: باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى ٣/ ١٣٢٨ ، وأحمد في مسنده كما في الفتح الرباني ١٦/ ١٠٦ ، وأبو داود في سننه في الحدود: باب في الأمة تزني ولم تحصن ٤/ ١٦٤ ، والترمذي في جامعه في الحدود: باب ما جاء في إقامة الحد على الإماء ٤/ ٤٦ .

والجمعة والصدقات»[١] .

الدليل من المعقول :

لنا :

المالك أولى من السيد[٢] بدليل أنه تقدم[٣] عليه في ولاية النكاح وصار مثل التصرفات التي يلقيها السيد على عبده، ولا يملك الإمام مثلها على رعيته، والحد مشوب بحق الآدمي، وهو أيضًا من قبيل الأمر بالمعروف ويتوقف على القدرة والسيد قادر .

لهم :

الحد حق[٤] لله تعالى فلا يملك استيفاءه[٥] غير الإمام؛ لأنه النائب بدليل سائر الحقوق، ذلك خشية التواكل لو فوض[٦] إلى آحاد المسلمين .

مالك : ق[٧] .

أحمد : ق[٨] .

---

(١) ابن أبي شيبة في مصنفه ٩/ ٥٥٤، بلفظ : «**الجمعة والحدود والزكاة والفيء إلى السلطان**»، وذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٢٦ .

(٢) في أ : الملك .

(٣) في ب : يقدم .

(٤) في ب : الله .

(٥) في ب : استيفاؤه، وهو لحن .

(٦) في ب : فرض .

(٧) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٢٠ .

(٨) مغني ابن قدامة ٨/ ١٧٦ ـ ١٧٧ .

التكملة:

المعول عليه[١] قوله عليه السلام: «**أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم**»[٢]، ويمكن الجمع بينه[٣] وبين قوله: «**أربعة إلى الولاة**»، وأقرب ما يتمسك به القياس على التعزير لحق الله تعالى[٤]، فإن السيد يملكه، وأي[٥] بعد في أن يقال: استنبت[٦] السادات بحكم المصلحة في استيفاء هذا الحق كما في التعزير فالسيد أهل لإقامة الحد قادر عليه من عبده[٧] فيملكه، وبيان الأهلية أنها بالعقل الهادي إلى كيفية الإقامة، والإسلام الباعث على فعل الأصلح، وبالجملة: نسلم أن الحد حق لله[٨] تعالى وأن الإمام نائبه، ونبين أن السيد في معناه، ولا مجال للتهمة، فإن السيد متشوف إلى الحد ليمنعه به عن الزنى المهلك، وأما سماع البينة فيستدعي أهلية الاجتهاد.

---

(١) في ب وجـ: على قوله.

(٢) أبو داود والنسائي والبيهقي من حديث علي كما في التلخيص الحبير ٤/ ٥٩.

(٣) بينه و: ساقطة من ب.

(٤) تعالى: ساقطة من أ.

(٥) في ب: فأي.

(٦) في أ: استنيب بياض، وفي ب: اسنبت.

(٧) في ب: من عنده فملكه.

(٨) في ب: الله.

هامش هذه المسألة:

صفة الولي الذي يقيم الحد علي عبده أن يكون بالغًا عاقلاً عالمًا بقدر الحد قويًا يقدر على إقامته[١].

قال أبو إسحاق: إن كان فاسقًا لا يملك[١].

---

(١) المهذب مع تكملة المجموع ١٨/ ٣٩١-٣٩٥، ومغني ابن قدامة ٨/ ١٧٩، ولم ينسباه لأبي إسحاق، والتنبيه ص ٢٤٢، وجعل في الفاسق والمرأة قولين أصحهما يقيمان الحد.

المسألة الخامسة والعشرون بعد الثلثمائة : شكه[١] .

نصاب ما أصله على الإباحة .

المذهب : يجب القطع بسرقته[٢] .

عندهم : ف[٣] .

الدليل من المنقول :

لنا :

العمومات .

لهم :

قال النبي عليه السلام : «**الناس شركاء في ثلاث : النار والماء والكلأ**»[٤] ، وهذا بظاهره[٥] يقتضي الشركة أبدًا لكن بالحيازة اختص به قوم فبقي مجرد اسم الشركة شبهة في إسقاط الحد ، وقال عليه السلام : «**لا قطع على سارق الطير**»[٦] .

---

(١) في ب وخاص أ : له؛ أي ٣٥ .
(٢) المهذب مع تكملة المجموع ١٩/ ١٢ ، وروضة الطالبين ١٠/ ١٢١ ، والوجيز ٢/ ١٧٣ .
(٣) بدائع الصنائع ٧/ ٦٨ ، والكتاب مع اللباب ٣/ ٩٥ .
(٤) ابن ماجه في سننه في الرهون : باب المسلمون شركاء في ثلاث ٢/ ٨٢٦ ، بلفظ : المسلمون ، وفي الزوائد : عبد الله بن خراش قد ضعفه أبو زرعة والبخاري وغيرهما ، وقال محمد بن عمار الموصلي : كذاب .
(٥) في ب : بظاهر .
(٦) ابن أبي شيبة في مصنفه ١٠/ ٣٢ ، عن علي أنه كان لا يقطع في الطير ، وقال أبو سلمة بن عبد الرحمن : قال عثمان : لا قطع في الطير ، ذكر الثاني الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٦١ ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ١٠/ ٢٢٠ من طريق ابن =

الدليل من المعقول:

لنا:

العبارة:

ونقول: الإباحة لا تصلح شبهة لعدمها في الحال، فصار كتقدم الملك وليست تافهة[1]، لأن المرجع في ذلك إلى الرغبات والقيم والأسواق.

لهم:

تافه فلا يقطع بسرقته كما دون النصاب، ذلك لقلة الرغبة، والنقصان من حيث الجنس أولى بالاعتبار من النقصان من حيث القدر.

مالك[2]:

أحمد[3]:

التكملة:

المراد بقولهم: ما قبل الإحراز إجماعًا، وأما إسقاط الحد عن الأب بسرقة[4] مال ابنه فذلك لأجل حق النفقة، وأن ماله معرض لحاجته وعصمة يده من حاجته، وليس الولد ملك الأب، ولذلك يجب عليه حد الزنى إذا زنى بأمته، وإنما يسقط القصاص لقوله: «**لا يقتل والده بولده**»،

= مبارك عن سفيان، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٢٦٣، من طريق أبي معاوية عن رجل من ثقيف عن أبي سلمة مختصراً، وقال الزيلعي: غريب مرفوعًا، وقال: إنه موقوف على عثمان عند عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما.

(١) في ب: تافيه.

(٢) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٧١، وهو كمذهب الشافعي.

(٣) هداية أبي الخطاب ٢/ ١٠٣، وفيه وجوب القطع.

(٤) في ب: لسرقة.

وتناقضهم[١] بالآبنوس[٢] والساج[٣] فقد نص أبو حنيفة: أنه يجب القطع بسرقتهما مع أنهما كانا على الإباحة، وكذلك الخشب المنحوت، ودعوى[٤] تفاهة هذه الأموال وقاحة فإن الرغبات متوجهة نحوها، والبازي المثمن يرسل في طلب الصيد لعزته، والرغبات تختلف، والمعول عليها في كل وقت وعلى القيمة، ويتأيد[٥] بإصداقها وشرائها لليتيم، ثم التفاهة لا تسقط الحد بدليل سرقة قشور الرمان وأقماع[٦] الباذنجان وخليع[٧] الحصر إذا بلغ ذلك نصابًا، وخبر الطير لم يصح، وإن صح فالمراد به الموكر[٨] على شجر البستان.



(١) في ب: وتناقضهم.
(٢) الأبنوس: الأبيض أو الأصفر من الخشب كما في تكملة المجموع ١٩/ ١٢، وفي اللباب شرح الكتاب ٣/ ٩٦: الأبنوس: خشب معروف أشد سوادًا من الساج.
(٣) الساج: شجر يعظم جدًا، قالوا: لا ينبت إلا ببلاد الهند ويجلب منها كل ساجة مشرجعة مربعة كما في أنيس الفقهاء ص ١٧٧.
(٤) في أ: ودعوهى، وفي ب: وادعوا نعاهه.
(٥) في ب: ويبأيد.
(٦) الأقماع: جمع قمع: وهو ما دار على رأس ثمرة الباذنجان كالقمع كما في المعجم الوسيط ٢/ ٧٦٥ مادة «قمع».
(٧) خليع الحصر: أي خلقها القديم كما في المعجم الوسيط ١/ ٢٥٠، مادة: «خلع».
(٨) في ب: المركز.



اللوحة ٧٧ من المخطوطة أ :

إذا ابتلع جوهرة في الحرز[١] لم تخرج الجوهرة منه ولا قطع عليه، لأنه أتلفها بذلك، فهو كما لو أكل الطعام في الحرز، وأما إن خرجت[٢] منه فهل يجب القطع؟ وجهان: وجه وجوبه: أنها خرجت في[٣] وعاء فهو أخرجها في كمه، ووجه عدم الوجوب أنه ضمنها بالبلع فكان إتلافًا؛ لأنه[٤] أكره على إخراجها حيث لا يمكنه الخروج بدونها[٥]، وإذا اشترك جماعة في السرقة، فإن بلغ ما سرقوه إذا قسم عليهم ربع دينار للواحد[٦] وجب القطع، فإن انفرد كل واحد بإخراج شيء اعتبر بنفسه إن بلغ ما أخرجه نصابًا قطع[٧]، وقال أبو حنيفة: يجمع ما أخرجوه ويقسم بينهم، فإن أصاب الواحد نصابًا قطعوا[٨]، فيكون الخلاف في صورتين: إحداهما أن يخرج الواحد أقل من نصاب فيقطعان عنده إذا تم نصابين، وعندنا يقطع الذي أخرج أكثر من نصاب، فإن سرق الواحد نصابًا والآخر أقل من نصاب قطع سارق النصاب عندنا[٩] وعندهم لا يقطعان، وفي السرقة بين الزوجين ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا قطع بينهما لما بينهما من الاتحاد[١٠] العرفي وهذا

---

(١) في ب: فإن، وساقط من أ.

(٢) في ب: أخرجت.

(٣) في ب: في ما.

(٤) في ب: ولأنه.

(٥) تكملة المجموع ١٩/ ٣١، ومغني المحتاج ٤/ ١٧٣.

(٦) في ب: الواحد.

(٧) روضة الطالبين ١٠/ ١٣٤، والقوانين الفقهية ص ٢٣٦.

(٨) تحفة الفقهاء ٣/ ١٥١، والكتاب مع اللباب ٣/ ٩٤.

(٩) روضة الطالبين ١٠/ ١٣٤.

(١٠) في أ: الإيجاد.

مذهب أبي حنيفة رحمه الله[1] ، والثاني أن بينهما القطع ؛ لأنه اتحاد[2] لم يوجبه الشرع ، والثالث أن الزوجة لا تقطع لأجل حق النفقة والزوج يقطع[3]، وخيال أبي حنيفة في الزوج أقرب لأجل حق النفقة ، وغاية جوابنا عنه : أن النفقة ليست حكم الزوجية ، وإنما هي حكم التمكين ، ولذلك أسقط بالنشوز مع قيام النكاح ، فإن قيل : النكاح سبب التمكين فيضاف الحكم إليه ؛ لأنه سبب النسب ، قلنا : نعم . النكاح يوجب التمكين ، وأما فعل التمكين فمرتبط باختيارها ، فلا يضاف فعل التمكين إلى النكاح ، أو نقول : وجبت النفقة في النكاح وجوب الأعواض والأعواض[4] يقتضي اختصاص حكم الشبهة فيها بمحل العوض ولا يتعداه كالغريم[5] له حق من مال صاحبه بجهة العوضية فلو سرق ماله قطع والاتحاد العرفي ربما يأباه ذوو المروءة ويترفعون عن استعمال ما يخص[6] الزوجة .

ومن أصحابنا من قال : الاتحاد نتيجة المحبة والعشق لا نتيجة النكاح ، وليس التباين في النكاح ببدع ، ولذلك شرع الطلاق وكان هذا الإنكار يصادم النص ، قال الله تعالى : ﴿ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾[7]، والأصلح أن يقال : الاتحاد الناشئ عن الزوجية دون الاتحاد الناشئ عن القرابة ، فإن النكاح بعرض الزوال ، ثم النكاح يراد لاتحاد القرابة بالولد فكيف يعطى[8] حكم القرابة؟ والدليل على أنه لا حق للزوج في مال زوجته أنه يزني بجاريتها فيحد .

---

(١) اللباب في شرح الكتاب ٣/ ٩٧ .

(٢) في إيجاد .

(٣) الوجيز ٢/ ١٧٣ ، وتكملة المجموع ١٩/ ٤٨-٤٩ .

(٤) في ب : بالأعواض .

(٥) في ب : فالغريم .

(٦) في ب : يختص .

(٧) سورة الروم ، آية : ٢١ ، وفي أ : والفة ، وهو خطأ .

(٨) في أ : يعطا .

المسألة السادسة والعشرون بعد الثلثمائة: شكو[١] .

النباش .

المذهب: يقطع[٢] .

عندهم: ف[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قال النبي عليه السلام: «**من حرق حرقناه، ومن نبش قطعناه**»[٤]، وليست لفظة القطع محتملة، وإنها لا تراد هاهنا إلا لقطع اليد، قالت عائشة رضي الله عنها: «سارق موتانا سارق أحيائنا»[٥]، واللغة[٦] تثبت بقولها، وحكم السارق القطع.

---

(١) في ب وخاص أ: لو = ٣٦.
(٢) روضة الطالبين ١٠/ ١٢٩، ونهاية المحتاج ٧/ ٤٣٢.
(٣) الهداية مع البناية ٥/ ٥٥٧.
(٤) البيهقي في المعرفة من حديث بشر بن حازم عن عمران بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده في حديث ذكره فقال فيه: «ومن نبش قطعناه»، وقال: في هذا الإسناد بعض من يجهل حاله، وقال البخاري في التاريخ: قال هشيم نا سهل: شهدت ابن الزبير قطع نباشًا، ذكر ذلك ابن حجر في التلخيص الحبير ٤/ ٦٥، ومثله في نصب الراية للزيلعي ٣/ ٣٦٦-٣٦٧.
(٥) في ب: أحيانًا، ساقه البيهقي في سننه ٨/ ٢٦٩، عن عامر الشعبي أنه قال: يقطع في أمواتنا كما يقطع في أحيائنا، والدارقطني كما في التلخيص الحبير ٤/ ٧٠، وذكره بهذا اللفظ عن عائشة القاضي عبد الوهاب المالكي في الإشراف ٢/ ٢٧٣، وذكره بهذا اللفظ عن عائشة ابن قدامة في المغني ٨/ ٢٧٢.
(٦) في ب: واللعنة.

لهم:

قال النبي عليه السلام: «**لا قطع على المختفي**»[١]، قيل: هو النباش بلغة المدنيين.

الدليل من المعقول:

لنا:

سرق نصابًا كاملاً من حرز مثله لا شبهة له فيه فوجب القطع، ذلك لأن السرقة من المسارقة وقد وجد، والمالية ظاهرة، ولهذا يجب ضمانه والحرز[٢] ظاهر، لأن القبر موضع الكفن، وتكفين[٣] الميت ليس بتضييع بل واجب ويكفي مسارقة أعين الناس[٤]، فهو كمال غاب عنه صاحبه وقنع بأعين المارين[٥].

لهم:

لم يوجد سبب القطع إذ[٦] لم توجد[٧] السرقة، فإن السرقة أخذ المال على جهة المسارقة لا عين المالكين والأخذ هاهنا من الميت، ثم لم يوجد

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٦٧، وقال: غريب.
والبيهقي في سننه ٨/ ٢٧٠، عن عائشة بلفظ: «**لعن المختفي والمختفية**»، وعن عمرة بنت عبد الرحمن بلفظ: «**لعن المختفي والمختفية**»، وقال: هذا مرسل.

(٢) في أ: في الحرز.

(٣) في ب: ويكون.

(٤) في ب: المارين.

(٥) في ب: المارون.

(٦) في أ: إذا.

(٧) في ب: يوجد.

الحرز بدليل أنه لو كان في القبر ثوب[1] خز لم يجب القطع بسرقته[2] ، ثم قد تمكنت الشبهة من المسروق؛ لأنه أعد للبلى والقبر يملكه لا يحرزه، وإن سارق الأعين؛ فلأنه يفعل فاحشة.

مالك: ق[3] .

أحمد: ق[4] .

التكملة:

المآخذ ثلاثة[5] : إيجاب القطع عليه ابتداءً بالنص على قطع النباش[6] وقطعهم يناسب ذلك، والثاني أنه سارق بخبر عائشة رضي الله عنها ولصورة فعله فكان[7] السرقة حبس النبش[8] نوعه، وإنما جاز أن ينفى عنه لفظًا؛ لأنه صار له اسمًا أشهر، الثالث: نسلم أنه ليس بسارق ونقطعه قياسًا على السارق لوجود فعل السرقة منه، فإنه سرق مالاً متقومًا معصومًا مقصود الحفظ شرعًا كما قال أبو حنيفة: تجب[9] كفارة الجماع على الأكل وإن كان النص ورد في الجماع، فإذا فرضنا في قبر في بيت كان الكلام أظهر، فإن طرقوا الشبهة بأن الكفن[10] لا مالك له، قلنا: يبطل بمال الميت

(١) في ب: آخر.

(٢) في ب: لسرقته.

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٧٣، والقوانين الفقهية ص ٢٣٦.

(٤) المغني لابن قدامة ٨/ ٢٧٢.

(٥) في أ: ثلاث.

(٦) في أ: الناس، وفي ب: وقطعة.

(٧) في أ: مكان.

(٨) في أ: النفس.

(٩) في ب: يجب.

(١٠) في ب: الكفر.

=

الذي عليه دين فإن المال ليس له ولا للوارث ويجب القطع بسرقته والمبيع في زمن الخيار لا مالك له عندهم، وعلى الجملة: الكفن مملوك لمن هو له متقوم، ولهذا لو أكل السبع الميت كان الكفن للوارث وعدم الملك لا يخرج الفعل عن كونه فاحشة، ولا الكفن عن كونه مقصود الحفظ عن السراق.

* * *

= **هوامش هذه المسألة:**

الفرض في الكفن المستحب، وإن فرض القبر في العمران ظهر(١) الكلام.

قال داود(٢): ولا يعتبر الحرز في السرقة بحال(٣).

قال أبو علي بن أبي هريرة(٤): الورثة يطالبون بقطعه(٥).

قال أبو علي الطبري(٦): الإمام يقطعه(٥).

* * *

(١) نهاية المحتاج ٧/ ٤٣٢-٤٣٣، وشرح منهج الطلاب مع حاشية البجيرمي عليه ٤/ ٢٢٣، والمهذب مع المجموع ١٩/ ١٩، وقال: إنه يقطع سارقه في العمران دون البرية وإن سرق ما زاد على خمسة أثواب لم يقطع؛ لأنه غير مشروع.

(٢) تقدمت ترجمته ص ٩٤٩، من التحقيق السابق.

(٣) المغني لابن قدامة ٨/ ٢٤٨، وعزاه لداود، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٧١، وعزاه له.

(٤) تقدمت ترجمته في المسألة ١٤١.

(٥) تكملة المجموع ١٩/ ٢١، ولم يعزهما.

(٦) هو أبو علي الحسين بن القاسم الطبري، مصنف الإفصاح، تفقه ببغداد على ابن أبي هريرة، ودرس بها بعده، وصنف في الأصول والجدل، والخلاف، وهو أول من صنف في الخلاف المجرد، وكتابه فيه يسمى: «المحرر»، وكتابه الإفصاح شرح على المختصر، متوسط، مات ببغداد سنة خمسين وثلثمائة.

انظر: طبقات الشافعية للأسنوي ٢/ ١٥٤، وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ١١٥، الحسن بن قاسم، وتاريخ بغداد ٨/ ٨٧، والعبر ٢/ ٨٤، وشذرات الذهب ٣/ ٣، تهذيب الأسماء ٢/ ٢٦١، والسبكي ٣/ ٢٨٠.

المسألة السابعة والعشرون بعد الثلثمائة : شكر[١] .

هبة المسروق من السارق .

المذهب : لا يسقط القطع[٢] .

عندهم : ف[٣] .

الدليل من المنقول :

لنا :

سرق سارق خميصة[٤] صفوان[٥] ، فاستيقظ فأمسكه وحمله إلى النبي عليه السلام فأمر بقطعه فقال : يا رسول الله. ما أردت هذا ، هي له ، فقال عليه السلام : «**هلا قبل أن تأتيني به**»[٦] ، وهذا نص ، ولو أن ثم موضع شبهة لنبه عليه السلام عليها إلى درء الحد .

لهم : . . .[٧] .

---

(١) في ب وخاص أ : لز = ٣٧ .

(٢) المهذب مع التكملة ١٩/ ٥٢ـ٥٣ .

(٣) الكتاب مع اللباب ٣/ ١٠١ .

(٤) في أ : حيصة ، والخميصة : كساء مربع أسود له علمان كما في المغرب .

(٥) تقدمت ترجمته في المسألة ١٦٠ .

(٦) أبو داود في سننه في الحدود : باب من سرق من حرز ٤/ ٥٥٣ـ٥٥٥ ، وابن ماجه في الحدود : باب من سرق من الحرز ٢/ ٨٦٥ ، والنسائي في سننه : باب ما يكون حرزًا وما لا يكون ٨/ ٦٩ ، والبيهقي في سننه في السرقة : باب السارق توهب له السرقة ٨/ ٢٦٦ .

(٧) بياض في ب وجـ ، وبخط مغاير في أ ، ونصه : «إذا سرق نصابًا ثم ملكه بشراء أو هبة أو إرث أو غيره هل يسقط القطع أم لا؟ قال مالك والشافعي وأحمد : لا =

الدليل من المعقول:

لنا:

ثبتت[1] السرقة فوجب القطع، وهي خالية عن شبهة، ذلك لأن الملك يقتصر على الحال ولا يتقدم[2] سببه، فلم يؤثر في السرقة السابقة، ووزانه ما لو زنى بجارية ثم اشتراها قبل الإمضاء وبعد القضاء، فإنه لا يسقط الحد، وكذلك لو اشترى الحرز المسروق منه.

لهم:

سرقة تمكنت منها الشبهة فمنعت من القطع، ذلك لأن العين قد ملكها السارق فالعين (التي سرقها هي العين)[3] التي ملكها، واتحاد العين كاتحاد الملك، ثم الإمضاء ثمرة القضاء فكلما يشرط للقضاء يشرط للإمضاء؛ لأنه بثمنه وبه يظهر.

مالك: ق[4].

أحمد: ق[5].

= يسقط القطع عنه سواء كان ملكه قبل الترافع أو بعده[1]، وقال أبو حنيفة: متى وهبت له أو بيعت منه سقط القطع عنه»[2].

(١) في ب: ثبت.

(٢) في أ: يتقدم.

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب.

(٤) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٧٠، وبداية المجتهد مع الهداية ٨/ ٦١٨.

(٥) المغني لابن قدامة ٨/ ٢٦٩.

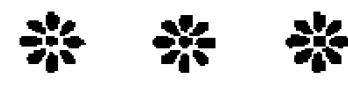
---

(١) في أ: وبعده، وقد أثبت ما في الإفصاح.

(٢) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ٢٦١.

التكملة :

نستدل[١] بعموم آية السرقة وعليهم التخصيص، أما إقرار المالك للسارق بالعين فيحتمل أن يكون[٢] له قبل السرقة أو معها أو بعدها وهذا شبهة، ولذلك[٣] إذا رجع الشهود تختل[٤] الحجة إذ ليس صدقهم أولاً بأولى من صدقهم ثانيًا، وكذلك لو فسقوا تبيّنا[٥] فساد حالهم أولاً: فإن قالوا: الخصومة شرط القضاء والقطع من القضاء، فلا يمكن بغير خصومة. قلنا: لا نسلم أن الخصومة من شرط القضاء بل لو أقر أو قامت عليه البينة[٦] حسبة قطع، ثم نقول: القطع غير القضاء لأن القضاء إظهار حكم السرقة أو إثباته على خلاف فيه، والقطع لا يكون حكم السرقة؛ لأنه فعل محسوس، بل حكم السرقة وجوب القطع (فإن الإنسان باعتبار أنه يموت ويحيا)[٧] .



(١) في ب: يستدل.
(٢) في أ: تكون.
(٣) في ب: وكذلك.
(٤) في ب: يحيل.
(٥) في ب: بينا.
(٦) في ب: البينة عليه.
(٧) ما بين القوسين ساقط من ب وج.

هامش هذه المسألة:

الفرض فيما بعد القضاء وقبل الإمضاء.



المسألة الثامنة والعشرون بعد الثلثمائة: شكح[١] .

القطع والغرم.

المذهب: يجتمعان[٢] .

عندهم: لا يجتمعان[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قال النبي عليه السلام: «**على اليد ما أخذت حتى ترد**»[٤] .

لهم:

قال الله تعالى: ﴿**وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا**﴾[٥] جعل القطع جزاء الفعل فمن زاد[٦] الغرم فقد زاد في النص، وذلك نسخ.

الدليل من المعقول:

لنا:

الكلام في الضمان فنقول: تحقق سببه، ذلك لأن السبب هو[٧] أخذ مال

---

(١) في ب و خاص أ: لح = ٣٨.

(٢) روضة الطالبين ١٠/ ١٤٩، والوجيز ٢/ ١٧٨، والمنهاج مع مغني المحتاج ٤/ ١٧٧.

(٣) الهداية مع البناية ٥/ ٦١١ ـ ٦١٢.

(٤) أحمد في مسنده ٥/ ٨، ١٣، وابن ماجه في سننه في الصدقات: باب العارية ٢/ ٨٠٢، بلفظ: «**حتى تؤديه**»، وأبو داود في سننه في البيوع والإجارات ٣/ ٨٢٢، بلفظ: «**حتى تؤدي**»، وكذلك الترمذي في جامعه في البيوع: باب ما جاء أن العارية مؤداة ٣/ ٥٦٦، وقال في التلخيص الحبير ٣/ ٥٣: والحسن مختلف في سماعه عن سمرة.

(٥) سورة المائدة، آية: ٣٨.

(٦) في أ: فمن زاد على الغرم.

(٧) في ب: يواخذ.

الغير بغير إذنه؛ ولأنه[١] باليد فوت[٢] على المالك المنافع فصار كأنه أتلف العين لتعذر[٣] الانتفاع، غايته أنه وجب[٤] حقًا لله تعالى القطع، ويجوز أن يجتمعا كمن[٥] قتل صيد الحرم المملوك ومن[٦] سرق خمر ذمي على أصلكم يحد ويغرم.

لهم:

سرقة وردت على مال غير معصوم ولا متقوم لحق آدمي فلا يجب الضمان، بيان الدعوى: وجوب القطع حق لله تعالى بدليل أنه لا يسقط بإسقاط الآدمي، والجناية على حق الله تعالى، وإنما يكون ذلك بأن تنقل العصمة إلى الله تعالى[٧]، فإذا انتقلت العصمة إلى الله ضرورة لم يبق المال معصومًا.

مالك[٨]:

أحمد: ق[٩].

التكملة:

مطلع النظر أن القطع والغرم حكمان مختلفان فلابد لهما من سببين،

---

(١) في أ: «لأنه» بدون واو.

(٢) في ب وجـ: قوم.

(٣) في ب: ليعذ.

(٤) في أ: حق الله.

(٥) في ب: لمن قبل.

(٦) في أ: شرب.

(٧) تعالى: ساقطة من أ.

(٨) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٧٥، يرد العين القائمة ويضمن قيمتها إن كان موسرًا ولا يضمن إن كان معدمًا، والقوانين الفقهية ص ٢٣٦ مثله.

(٩) المغني لابن قدامة ٨/ ٢٧٠ ـ ٢٧١، والمقنع ٤/ ١٣٨.

فنقول: تعدد السبب يتلقى من تعدد الفعل، وقد يتلقى من تعدد الجهات لفعل[١] واحد فيتوفر عليه باعتبار كل جهة حكم، وكان في معنى فعلين[٢] كالمصلي في الدار المغصوبة واستيفاء القصاص من الحامل، وكذلك السرقة فعل واحد فلحق[٣] المالك يجب[٤] الضمان، ولحق الله تعالى يجب القطع، وحق الله تعالى في عرض[٥] السارق وكونه جنى[٦] عليه (فإن الإنسان باعتبار أنه يموت ويحيا)[٧] نفس وباعتبار أنه يمدح ويذم عرض، وفي النفس حق الله تعالى بلا خلاف، والسرقة فاحشة محرمة لحق الله تعالى بكونها تلطخ عرض السارق، ويجوز أن يجب القطع على جزاء[٨] مخالفة الأمر، لأن من حق الله تعالى أو نهيه[٩] أن يعظم بالامتثال فشرع القطع زجراً[١٠] عن الإخلال بالتعظيم والغرم بحق الآدمي.

* * *

(١) في ب وجـ: بفعل.

(٢) في ب وجـ: معين.

(٣) في ب وجـ: يلتحق.

(٤) في ب وجـ: فيجب.

(٥) في ب وجـ: غرض.

(٦) في كل النسخ: جنا.

(٧) ما بين القوسين ساقط من أ.

(٨) جزاء: ساقط من أ.

(٩) في ب وجـ: ونهيه.

(١٠) في أ: جزاء.

* * *

المسألة التاسعة والعشرون بعد الثلثمائة: شكط[١] .

إذا سرق عينًا فقطع بها ثم سرقها .

المذهب: يقطع ثانيًا[٢] .

عندهم: ف[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

آية السرقة: ﴿**وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا**﴾[٤] .

لهم: . . .[٥] .

الدليل من المعقول:

لنا:

تحقق سبب القطع فوجب كما لو ابتدأ، وكونه قطع بها نوبة[٦] لا تكون

---

(١) في ب وخاص أ: لط = ٣٩.

(٢) تكملة المجموع ١٩/ ٦٧ .

(٣) الكتاب مع شرحه اللباب ٣/ ١٠١ ، والهداية مع البناية ٥/ ٥٦٢ ، وأحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣٠ .

(٤) سورة المائدة، آية: ٣٨، والآية ساقطة من ب وجـ ، وبخط مغاير في أ .

(٥) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «نصاب السرقة عند أبي[١] حنيفة عشرة دراهم أو دينار أو قيمة أحدهما من العروض، وعند مالك: يقطع في ثلاثة دراهم أو في ربع دينار أو ما[٢] قيمته ذلك»[٣] .

(٦) في ب: ثوبه.

---

(١) في أ: عند أبو حنيفة، وهو خطأ.

(٢) في أ: اما قيمته.

(٣) الإفصاح لابن هبيرة ٢/ ٢٥٠ ، بتصرف، ولا مناسبة فيه لمسألتنا.

شبهة؛ لأنه حد استوفي على[1] جريمة تقدمت فصار بمثابة من زنى[2] ثم حد ثم زنى، ثم السارق إذا[3] انتزعت العين من يده بقي كسائر الأجانب فهو كسارق آخر.

لهم:

سقطت العصمة في حقه حتى قلنا: لا يضمنها، فإذا اشتراها المالك بقي أثر سقوط العصمة شبهة في درءالحد ثم مسقط العصمة القطع وهو قائم ثم هو حد يعتبر فيه الخصومة، ويشبه حد القذف، ولو قذف إنسانًا فحد[4] ثم عاد وقذفه لم يحد.

مالك[5]:

أحمد[6]:

التكملة:

السرقة بقيودها موجودة في المرة الثانية، والحاجة ماسة إلى شرع القطع (واتحاد[7] العين والسارق لا يثير شبهة كما في الزنى) والقطع السابق في مقابلة الجناية السابقة والثاني للثانية، فهو كما لو سرقها من مالك آخر أو دخلها[8] صنعة والصنعة تغير الصفة لا العين، وعذرنا[9] عن حد القاذف أن

(١) في ب: استوفي منه.
(٢) في كل النسخ: زنا.
(٣) في ب وجـ: انتزعت بدون: «إذا».
(٤) في ب وجـ: لحد.
(٥) المنتقى للباجي ٧/ ١٦٨.
(٦) المقنع ٤/ ١٣٤.
(٧) في ب: واتخاذ العين والمالك والسارق لا شر شبهة في الزنا.
(٨) في ب وجـ: ادخلها.
(٩) في أ: وعندنا، وهو خطأ.

المقصود بحده بيان كذبه كيلا يتغير المقذوف ويكفي مرة، هذا إذا قذفه (بما قذفه)[١] به أولاً، فأما إذا قذفه بغير ما قذفه به أولاً يجب الحد، وبالجملة نمنع[٢] سقوط العصمة، وعلى التسليم نقول: لا معنى له إلا أن المال صار معصوماً لله تعالى حتى أمكن وجوب القطع، ووجود حالة تحقق وجوب القطع يستحيل أن تصير[٣] شبهة في قطع آخر، وعلى هذا لو سرق من يد السارق وجب القطع لأن السرقة من الغاصب توجب[٤] القطع، وإن قلنا: لا يجب؛ فلأن يده ليست حرزاً.

* * *

(١) في ب وجـ: سقط: «بما قذفه».
(٢) في ب: يمنع.
(٣) في ب: يصير.
(٤) في ب وجـ: يوجب.

* * *

المسألة الثلاثون بعد الثلثمائة: شل[١].

هل تقطع اليسرى في المرة الثالثة؟.

المذهب: نعم[٢].

عندهم: ف[٣].

الدليل من المنقول:

لنا:

آية السرقة، والحجة قوله تعالى[٤]: ﴿**أَيْدِيَهُمَا**﴾[٥]؛ فظاهر الآية يدل على جمع، وقال النبي عليه السلام: «**من سرق فاقطعوا يده اليمنى**»، ثم من سرق كذلك حتى استوعب الأطراف وقال في الخامسة: «**القتل**»[٦].

لهم:

روي عن علي رضوان[٧] الله عليه أنه أتي بسارق مقطوع اليد والرجل

(١) في ب وخاص أ: م = ٤٠.

(٢) روضة الطالبين ١٠/ ١٤٩، والوجيز ٢/ ١٧٩، والتنبيه ص ٢٤٦.

(٣) الهداية مع البناية ٥/ ٥٨٦، والكتاب مع اللباب ٣/ ١٠٠.

(٤) تعالى: ساقطة من أ.

(٥) سورة المائدة، آية: ٣٨.

(٦) أبو داود في سننه في الحدود: باب في السارق يسرق مراراً ٤/ ٥٦٥-٥٦٧، عن جابر بن عبد الله، والبيهقي في سننه في السرقة: باب السارق يعود فيسرق ثانيًا وثالثًا ورابعًا ٨/ ٢٧٢، وفي التلخيص الحبير ٤/ ٦٨-٦٩، قال: وفي إسناده مصعب بن ثابت وقد قال النسائي: ليس بالقوي وهذا الحديث منكر، ولا أعلم فيه حديثًا صحيحًا، وفيه: «قال ابن عبد البر: حديث القتل منكر لا أصل له، وقد قال الشافعي: هذا الحديث منسوخ لا خلاف فيه عند أهل العلم».

(٧) في ب: كرم الله وجهه.

فقال: إني لأستحيي من الله تعالى أن لا أترك له يدًا يأكل بها ويستنجي بها[(١)(٢)].

الدليل من المعقول:

لنا:

إيجاب القطع في إحدى اليدين إيجاب في الأخرى لتساويهما؛ لأن التنصيص على شيء تنصيص على ما هو في معناه كالعبد والأمة، ثم اليسار محل قطع بدليل ما لو قطعها الإمام، فإنه يسقط الحد ويجزي[(٣)] ثم هي آلة الجناية كاليمنى.

لهم:

قطع اليدين إتلاف حكمًا فلا يشرع كالحقيقي[(٤)]، دليل ذلك وجوب كل الدية والجثة صارت تالفة بالإضافة إلى معنى البدن، ولهذا[(٥)] لا يقطع في الثانية مع أنها أقرب إلى أختها من الرجل، والحد ينبغي أن يكون زاجرًا لا متلفًا[(٦)].

مالك[(٧)]:

---

(١) جامع المسانيد ٢/ ٢٢١-٢٢٢، والدارقطني في سننه في الحدود: ٣/ ١٨٠، وعبد الرزاق في مصنفه ١٠/ ١٨٦، وابن أبي شيبة في مصنفه ٩/ ٥١٢.

(٢) بياض في ب وجـ، وبخط مغاير في أ، ونصه: «وانعقد عليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم».

(٣) في أ: يجرى.

(٤) في ب: كالتحقق.

(٥) في ب: وهذا.

(٦) في ب: تبلفا.

(٧) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٧٦.

أحمد[١] :

التكملة : ١

جميع الأيدي محل القطع بدليل الآية[٢] ؛ لأنه ذكر الأيدي بصيغة[٣] الجمع، واليسرى محل، فإنها محل مقصود القطع وهو حكمة[٤] الزجر، ولا نسلم أن قطع اليدين إهلاك، فإن النفس باقية من كل وجه، بدليل وجوب القصاص والدية، وهب أنه كذلك فما المانع منه؟ أليس الأول قطعًا؟ والثاني في معناه، ومنع[٥] إضافة الحكم إلى الآخر ونمنع[٥] مسألة[٦] الزورق والأمتعة، ولا دليل لهم على أن هذا القطع[٧] غير مشروع.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/ ٢٥٩-٢٦٤، وهو موافق للحنفية، وعن أحمد يقطع في الثالثة يده اليسرى وفي الرابعة رجله اليمنى وفي الخامسة يعزر ويحبس، وهداية أبي الخطاب ٢/ ١٠٥، وذكر الروايتين، والمقنع ٤/ ١٣٦-١٣٧، وكذلك.

(٢) المراد بها آية المائدة: ٣٨، ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾.

(٣) في أ: بصفة.

(٤) في ب: حكمه.

(٥) في ب: يمنع.

(٦) في ب: مشاقه.

(٧) في أ: المقام.

هوامش هذه المسألة:

قال عطاء: تقطع يد السارق اليسرى في المرة الثانية[١].

الإمامية[٢]: إنما نقطع في السرقة أصابع اليد دون الكف، ومن الرجل عند معقد الشراك ويترك ما يمشي عليه[٣]. =

---

(١) تكملة المجموع ١٩/ ٦٣.

(٢) في ب: الشيعة.

(٣) المختصر النافع ص ٣٠٢-٣٠٣، ونصه في شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٤/ ١٧٦: الحد: هو قطع الأصابع الأربع من اليد اليمنى ويترك له الراحة والإبهام، ولو سرق ثانية قطعت =

. . . .

* * *

= الخوارج: يقطع السارق من المنكب[١] .

* * *

= رجله اليسرى من مفصل القدم ويترك له القدم يعتمد عليها، وتكملة المجموع ١٩/ ٦ .

(٢) تكملة المجموع ١٩/ ٦٣ .

اللوحة ٧٨ من المخطوطة أ :

(استعمل المتأخرون من أصحابنا)[١] القياس في إثبات اسم الخمر للنبيذ[٢] ثم أدخلوه بعد ذلك في العموم الوارد في تحريم الخمر، قال بعض الأصحاب: ذلك من طريق الاسم[٣] العادم دون القياس، لأن الخمر ما خامر[٤] العقل وستره، وهذا المعنى موجود في النبيذ، وقال[٥] عليه السلام: «**كل مسكر خمر**»[٦]، ويدل[٧] على أن ما جاز ثبوته بخبر الواحد جاز ثبوته بالقياس كأحكام الفروع، ثم قد وجدنا أسماء كثيرة وضعت بعد اللغة كالجنس والأسماء المعربة كالنمارق[٨] والإستبرق[٩]، فإذا جاز نقل غير

---

(١) تكملة المجموع ١٩/ ٦٣.
(٢) ما بين القوسين بياض في أ.
(٣) النبيذ: هو نبيذ التمر والزبيب وغيرهما، سمي به لأنه ينبذ فيه، أي يطرح، وهو فعيل بمعنى مفعول كقتيل وجريح وذبيح، كما في تحرير ألفاظ التنبيه ص ٤٦.
(٤) في أ: اسم.
(٥) في ب: خار العقلى.
(٦) في ب: وقد قال.
(٧) مسلم في صحيحه في الأشربة: باب بيان أن كل مسكر خمر ٣/ ١٥٨٨، ومنحة المعبود في ترتيب مسند الطيالسي أبي داود: باب قوله: كل مسكر خمر وكل مسكر حرام ١/ ٣٤٠، وأحمد في مسنده ٢/ ١٣٤، وأبو داود في سننه في الأشربة: باب النهي عن المسكر ٤/ ٨٥، والترمذي في جامعه في الأشربة ٤/ ٢٩٠، وقال: حديث حسن صحيح، والنسائي في تحريم كل شراب أسكر ٨/ ٢٩٧، وابن ماجه في سننه في الأشربة: باب كل مسكر حرام ٢/ ١١٢٤، والطحاوي في شرح الآثار ٤/ ٢١٥، والدارقطني في سننه ٤/ ٢٤٨، والبيهقي في سننه ٨/ ٢٩٣.
(٧) في ب: عليه.
(٨) في أ: كاليلمق، وهو خطأ، والنمارق: واحدتها نمرقة وهي الوسادة كما في غريب القرآن وتفسيره لليزيدي ص ٤٢٦.
(٩) الاستبرق: غليظ الديباج وفيه بريق كما في تفسير ابن كثير ٣/ ٨٢، ط ٤، (١٣٧٥ هـ-١٩٥٦م)، مطبعة الاستقامة بالقاهرة.

العربي إلى العربي[١] فقياس[٢] بعض أسماء[٣] اللغة على بعض أجوز[٤]، قالوا: فالعربية قد فرقت في الصفة الواحدة بين أسمائها ولم تستعمل القياس فيها فقالوا للمشقوق الجفن: أشتر، والأنف: أجدع، والشفة، أعلم، وسمو الفرس الأسود أدهم[٥]، ولم يطلقوا ذلك على الحمار، والجواب: أن منع القياس في[٦] بعض اللغة لا يقتضي المنع في الكل، فإن من[٧] الأحكام الشرعية ما لا يجرى[٨] القياس فيه مثل اللعان والقسامة ولا يدل[٩] على منع القياس من باقي الأحكام، وللخصم أن يقول: تحريم الخمر كان بالمدينة وكان أكثر[١٠] شرابهم الفضيخ[١١] والبتع[١٢]، وكان العنبي يجلب إليهم فيبعد أن يشتهر تحريم ما ندر[١٣] عليهم ويخفى تحريم ما اشتهر، الجواب: إنما اشتهر تحريم العنبي بالنص ونسلم هاهنا أن الخمر هو العنبي

---

(١) إلى العربي: ساقطة من أ.

(٢) في أ: فبقياس.

(٣) في ب: الأسماء.

(٤) في ب: أجود.

(٥) المستصفى ١/ ٣٢٢-٣٢٤.

(٦) «في»: مكررة في أ.

(٧) في ب: في.

(٨) في ب: يجوز.

(٩) في ب: ولا يدل ذلك على منع.

(١٠) في أ: كثر.

(١١) الفضيخ والفضوخ: من الفضيخة: أراد أنه يسكر شاربه فيفضخه كما في النهاية لابن كثير ٣/ ٥٤٣، مادة «فضخ».

(١٢) البتع بسكون التاء: نبيذ العسل، وهو خمر أهل اليمن، وقد تحرك التاء كقمع وقمع كما في النهاية لابن الأثير ١/ ٩٤.

(١٣) في ب: تكرر.

خاصة لا ما عداه، ولا يثبت[١] تحريم غير العنبي باسم الخمر لكن بالاستدلال من الاشتراك مع الخمر في المعنى المقتضي للتحريم وهو المحافظة على العقل بأن يصرف عنه ما يفسده، قالوا: فإذاً[٢] الإلزام باق فإن شراب المدينة غير العنبي، فلم لم يقع الاعتناء بتحريمه لو كان محرمًا؟ والجواب أن أهل المدينة لم يكونوا مقصودين على الخصوص بل قصد التحريم على العموم.

واعلم أن الختان[٣] واجب للذكور والإناث البُلَّغ عندنا[٤] خلافًا لهم[٥].

قال بعض الأكابر: الختان داع[٦] الإسلام والمسألة مشكلة، فإن مضمونها إيجاب جرح مخطر، وذلك لا يصار إليه إلا بثبت وقول النبي عليه السلام: «**ألق عنك شعر الكفر واختتن**»[٧] ليس (بالغافي الطهور لقرينته)[٨]، فإن قال الخصم: هو قطع مؤلم، والأصل نفي الضرار، قلنا:

---

(١) في ب: يحرم.

(٢) في أ: فإذن.

(٣) الختان: موضع القطع في الذكر، وقد تسمى الدعوة لذلك ختانًا كما في أنيس الفقهاء ص ٥١، والمطلع ص ٢٨، وفيه: ومن المرأة مقطع نواتها.

(٤) المجموع ١/ ٣٢٧، وروضة الطالبين ١٠/ ١٨٠.

(٥) المجموع ١/ ٣٢٧، وموسوعة الإجماع ١/ ٣٨٣، والمنتقى للباجي ٧/ ٢٣٢.

(٦) في أ، ب: داع، والصواب داعي.

(٧) أحمد في مسنده ٣/ ٤١٥، وابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال ١/ ٢٢٣، والبيهقي في سننه ١/ ١٧٢، وقال في الجوهر النقي ذيل سنن البيهقي: هذا الحديث فيه مجهول، والسيوطي في الجامع الصغير مع فيض القدير ٢/ ١٦١، وعزاه لأحمد وأبي داود عن عثيم بن كليب، ورمز له بالضعف، وفي فيض القدير قال: ابن القطان فيه انقطاع، وعثيم وأبوه مجهولان، وقال: قال الذهبي: هذا منقطع وقال في الفتح: سنده ضعيف، وعزاه في التلخيص الحبير ٤/ ٨٢، إلى أحمد وأبي داود والطبراني وابن عدي والبيهقي من رواية ابن جريج.

(٨) في ب: بالعام الطهور لقرينته.

هذا كلام من ينفي كونه مشروعًا، وهو مشروع ولا يتجه لهم قياس في نفي الوجوب إلا ويصادمه نفي الاستحباب، ونقول: اتفاق[١] الناس على هذا القطع المؤذي من غير أن يتعلق بمصلحة بدنية يدل على أنهم رأوه[٢] مما لابد منه، وينضم إلى ذلك كشف العورة، ويرد على ذلك ختان الصبيان، فإنه غير واجب وتكشف[٣] له العورة، والمخلص من ذلك أنا نجيز النظر إلى فروج الأطفال.

* * *

(١) اتفاق: مكررة في أ.
(٢) في ب: راووه.
(٣) في ب: يكشف.

* * *

المسألة الحادية والثلاثون بعد الثلثمائة: شلا[١] .

النبيذ قليله وكثيره، نيئه وطبيخه.

المذهب: حرام[٢] .

عندهم: ف[٣] .

الدليل من المنقول:

لنا:

قال النبي عليه السلام: «**إن من التمر خمرًا، وإن من البر خمرًا**»[٤] ، وقال عليه السلام: «**الخمر من هاتين الشجرتين: النخلة والكرم**»[٥]، وقال: «**أنهاكم عن قليل ما أسكر كثيره**»[٦] ، وقال: «**كل مسكر حرام، وما أسكر الفرق منه فالحسوة منه حرام**»[٧] .

---

(١) في ب وخاص أ: مآ = ٤١ .

(٢) تكملة المجموع شرح المهذب ١٩/ ٩٠ .

(٣) الكتاب مع شرحه اللباب ٢/ ١٠٦ .

(٤) البيهقي في سننه في الأشربة والحد منها: باب ما جاء في تفسير الخمر الذي نزل تحريمها ٨/ ٢٨٩، عن النعمان مختصراً، والدارقطني ٤/ ٢٥٣ .

(٥) أحمد في مسنده ٢/ ٤٩٦، وعبد الرزاق في مصنفه ١٠/ ٢٣٤، وإعلاء السنن ١٨/ ٢٢، وقال: رواه الجماعة إلا البخاري.

(٦) البيهقي في سننه في الأشربة والحد فيها: باب ما أسكر كثيره فقليله حرام ٨/ ٢٩٦، والنسائي في سننه في الأشربة: تحريم كل شراب أسكر كثيره ٨/ ٣٠١، والدارقطني في سننه ٤/ ٢٥١ .

(٧) البيهقي في سننه في الأشربة والحد فيها: باب ما أسكر كثيره فقليله حرام ٨/ ٢٩٦، والدارقطني في سننه ٤/ ٢٥٤ ـ ٢٥٥، والفرق ستة عشر رطلاً بالعراقي كما في المطلع ص ١٣٢، والزاهر ص ٢١٠، وعبد الرزاق في مصنفه ١٠/ ٢٢١ .

لهم:

ظاهر قوله تعالى: ﴿**وَمِن ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ والأَعْنَابِ...**﴾[1] الآية، وجه[2] الدليل: أنه مَنّ علينا بذلك، وهو مطلق في النيىء والمطبوخ، نسخ النيىء، بقي المطبوخ، وقول[3] النبي عليه السلام: «**إذا اغتلمت[4] عليكم هذه الأشربة فاكسروها بالماء**»[5]، وقول ابن مسعود: شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم ثم شهدت تحليلها فحفظت ونسيتم[6].

الدليل من المعقول:

لنا:

شراب مشتد[7] مسكرة، فكان حرامًا كالخمر، وتأثيره أن الخمر حرمت لما تفضي إليه من السكر المفضي إلى العداوة والبغضاء، والصد عن[8] الصلاة فحرم القليل صونًا عن الكثير، والمعنى موجود في النبيذ، ويمكن أن

---

(١) سورة النحل، آية: ٦٧.

(٢) في ب: وهذا.

(٣) في ب: قوله عليه السلام.

(٤) إذا اغتلمت عليكم هذه الأشربة فاكسروها بالماء: أي إذا جاوزت حدها الذي لا يسكر إلى حدها الذي يسكر كما في نهاية غريب الحديث ٣/ ٣٨٢، مادة: «غلم»، وفي ب: اعتلمت.

(٥) في أ: فأكثروا شربها، وفي ب: فأكثروا متونها، وما أثبته من النهاية في غريب الحديث ٣/ ٣٨٢، وفي جـ: فاكسروا متونها.

(٦) مثله في جامع المسانيد ٢/ ١٨٥ ـ ١٨٦، ونصه: عن علقمة، قال: رأيت عبد الله ابن مسعود وهو يأكل طعامًا ثم دعا بنبيذ فشرب فقلت: لعمرك تشرب النبيذ والأمة تقتدي بك فقال ابن مسعود رضي الله عنه: رأيت رسول الله ﷺ يشرب النبيذ ولولا أني رأيته يشربه ما شربته.

(٧) في ب: منبذ.

(٨) في: من.

يقال: النبيذ خمر؛ لأنه يخامر العقل.

لهم:

في الخمر منافع كثيرة وفي النبيذ، إلا أن الشرع حرم الخمر لعينها، فبقي النبيذ مباحًا إلا أن المسكر[١] حرام لما فيه من الأذى فبقي على ما كان؛ سيما وهو أنموذج[٢] شراب الآخرة، فلابد من معرفته.

مالك: ق[٣].

أحمد: ق[٤].

التكملة:

المسألة من الجانبين مبنية على الحديث، والسكر حرام إجماعًا، ولله حمى هو محارمه، ومن حام حول الحمى أوشك أن يقع فيه، والنفس أمارة بالسوء، والإنسان على نفسه بصيرة.

إن السلامة من سعدى وجارتها ألا تمر على حال بواديها[٥]

ثم قواعد الشرع متبعة، ومتى حرم شيئًا لأمر حرم ما يفضي إليه ألا تراه حرم الخلوة بالأجنبية، والتأفيف للوالدين، وتوابع المحظور محظورة[٦]، يدل عليه أن القدح الذي يتعقبه السكر حرام، ومعلوم أن السكر ما حصل

---

(١) في أ: السكر.

(٢) النموذج: مثال الشيء، معرَّب نموذه بالفارسية كما في المعجم الوسيط ٢/ ٩٦٥.

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٥٩.

(٤) المغني لابن قدامة ٨/ ٣٠٤-٣٠٥.

(٥) لم أعثر عليه.

(٦) محظورة: ساقطة من ب.

بـه، وإنمـا[١] حصل به وبغيره، فالجميع إذًا حرام، والشرع في مثل هذا يعرض عن القدر[٢]، وينظر[٣] إلى الجنس، والدليل عليه الرضاع عندهم، والمفطرات بالاتفاق والمذاهب تتعرف[٤] بمساقها، فما أفضى إلى فساد فهو فاسد، والله لا يحب الفساد، ومن[٥] مذهبهم أن من شرب ولم يسكر فما شربه ليس بحرام، فإن ضربه الهوى[٦] فسكر، صار حرامًا ما شربه.

---

(١) في أ: إنما.
(٢) في ب: القدرة.
(٣) في أ: وينظي.
(٤) في ب: يتعرف.
(٥) في ب: من.
(٦) في ب وجـ: الهوا.

هوامش هذه المسألة:

المسكر نقيع التمر، والمزر من الذرة، والبتع من العسل، وإذا طبخ الخمر حتى يذهب ثلثاه فهو الطلاء تشبيهًا بطلاء الإبل[١].

الإمامية: الفقاع جار مجرى الخمر في حد شاربه ورد شهادته وتنجيسه[٢].

ورووا أن النبي عليه السلام حرم السكركة[٣]، واستدلوا على أنها الفقاع بقول ابن الرومي:

اسقني الإسكركة الضنير في ... جعضلونه كوزة السذاب
واجعل الفيجن فيها ... يا خليلي بغصونه
إنه مصغاة أعلاه ... ومسك لبطونه =

---

(١) سنن البيهقي ٨/ ٢٩٥، وغريب الحديث لأبي عبيد ٢/ ١٧٦ - ١٧٧.
(٢) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٤/ ١٦٨، والمختصر النافع ص ٣٠٠، ١٤٠، وشرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفيري ١/ ١٦٣، والعروة الوثقى ١/ ٧١.
(٣) السكركة: خمر الحبش كما في سنن البيهقي ٨/ ٢٩٥.

. . . .

❊ ❊ ❊

= ويجيزون شرب أبوال الإبل وما يؤكل لحمه[١].
وقيل: السكركة: الغبيراء: وهي نبيذ الذرة[٢].

❊ ❊ ❊

(١) العروة الوثقى لليزدي ١/ ٥٥، والمختصر النافع ص ٢٥٥، وشرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٣/ ٢٢٧.

(٢) غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام ٤/ ٢٧٨، والنهاية في غريب الحديث ٢/ ٣٨٣، والقاموس ٣/ ٣٠٧، وتاج العروس ٧/ ١٤٣ ـ ١٤٤، والمعجم الوسيط ١/ ٤٤١، ولسان العرب ٢/ ١٧١.

المسألة الثانية والثلاثون بعد الثلثمائة : شلب[١] .

إذا صالت بهيمة مملوكة على إنسان فقتلها دفعًا عن نفسه .

المذهب : لا ضمان[٢] .

عندهم : ف[٣] .

الدليل من المنقول :

لنا : . . .[٤] .

لهم :

قال النبي عليه السلام : «**العجماء جبار**»[٥] ، فإذا كان فعلها هدرًا كان همها بالفعل هدرًا ، بخلاف الأب والسيد ، فإن فعلهما معتبر ، وكذلك

---

(١) في ب وخاص أ : مب = ٤٢ .
(٢) الوجيز ٢/ ١٨٥ ، والمنهاج مع مغني المحتاج ٤/ ١٩٥ ، وروضة الطالبين ١٠/١٨٦ .
(٣) رءوس المسائل ص ٥٠٦ ، ومختصر الطحاوي ص ٢٥٨ ، والإفصاح ٢/ ٢٧١ .
(٤) بياض في ب وجـ ، وبخط مغاير في أ ، ونصه : «السائق والقائد ضامنون لما وطئت الدابة . والسائبة فيها تفصيل فيما أتلفته نهارًا وما أتلفته ليلاً»[١] .
(٥) البخاري في الديات : باب المعدن جبار ٨/ ٤٦ ـ ٤٧ ، بلفظ : «**العجماء جرحها جبار**» ، ومسلم في الحدود ٣/ ١٣٣٤ ـ ١٣٣٥ ، والعجماء : كل الحيوان سوى الآدمي ، وسميت البهيمة عجماء لأنها لا تتكلم . والجبار : الهدر .

---

(١) الإفصاح ٢/ ٢٧١ ـ ٢٧٢ ، وفيه : ما أتلفته البهيمة نهارًا لا ضمان على أربابها عند الشافعي ومالك وأحمد ، إذا لم يكن معها صاحبها ، وما أتلفته ليلاً فضمان عليه ، وقال أبو حنيفة : لا يضمن صاحبها إلا أن يكون معها قائدًا أو سائقًا أو راكبًا أو يكون قد أرسلها وسواء كان ذلك ليلاً أو نهارًا .

العبد يتعلق الضمان برقبته، والمجنون والصبي فعلهما معتبر، وكل[١] واحد من هؤلاء لا يلزم الضمان بفعله[٢] إذا صار بخلاف البهيمة.

الدليل من المعقول:

لنا:

قتلت[٣] شرعًا فلا تضمن[٤] كصيد الحرم، وحق العصمة ألا يتعرض للدابة ابتداء، أما احتمال الشر فلا نكلفه[٥]، وقتل هذه البهيمة لمعنى فيها هدرت كالفواسق الخمس، والمؤذية قطعًا كالمؤذية طبعًا، ثم هي قتلت نفسها بإلجائها إياه إلى قتلها والموجود منه دفع لا قتل.

لهم:

معصومة بحق المالك فلا يسقط ضمانها بالصيال، دليل الدعوى سقوط العصمة بإباحة المالك ولسقوط عصمته بالردة، والعصمة قائمة قبل الصيال ففعل الغير لا يهدرها، كما لو قتله بسبب المخمصة، والمعاني الموجبة للعصمة قائمة. ثم إنه مال[٦] وكل ذلك لا يزول بالصيال.

مالك: ق[٧].

أحمد: ق[٨].

---

(١) في ب وجـ: «كل» بلا واو.
(٢) في ب: بقوله.
(٣) في ب: قبيله، وفي جـ: فتيله.
(٤) في ب: يضمن.
(٥) في ب: يكلفه.
(٦) في أ: قال.
(٧) الإشراف في مسائل الخلاف ١/ ٢٤٣.
(٨) هداية أبي الخطاب ١/ ٩٤.

التكملة:

الأصل براءة الذمة فشغلها بالإتلاف إنما يؤخذ من نص في المسألة أو من قياس على منصوص أو مجمع عليه، ولا نص في المسألة ولا إجماع إلا إتلاف[١] مال لا أذية به، وإذا أوجب الشرع الضمان بإتلاف مال لا أذية فيه وليس في الإتلاف دفع لأذيته، فلا يكون في معناه إتلاف هو دفع الأذية، فمن أراد أن يلغي هذا الوصف المؤثر[٢] فعليه الدليل، ويحقق[٣] هذا الكلام المناسبة وشهادة الشرع، أما المناسبة فواضحة إذ إلزام الإنسان احتمال[٤] الأذى[٥] من مال الغير ظلم، ومهما قيد الدفع بشرط الضمان كان ظلمًا، وشهادة الشرع دفع صيد الحرم، وكذلك الأب إذا صال، والسيد أغير[٦] على الولد والعبد، وكذلك الصبي والمجنون، ويخرج على كلامنا أكل مال الغير في المخمصة وإلقاء[٧] ماله في البحر عند خوف الغرق[٨] ، فإن هذا ليس لدفع أذية المال، وإنما هو لحفظ النفس أعني نفس الدافع، وإن ادعينا أنه ليس بمال عند الصيال[٩] توجه، ويعارضونا بالجحش الصغير وكونه[١٠] ليس بمال ويضمن ، والجواب أنه لا أذية منه.

(١) في أ: الإتلاف.
(٢) في ب وجـ : الماثر.
(٣) في ب: يحقق.
(٤) في ب: اجتمال.
(٥) في ب وجـ : الاذا.
(٦) في ب وجـ : اعنى.
(٧) في ب: والقى.
(٨) في ب: العرق.
(٩) في ب: عند الصبيان يوجد.
(١٠) في أ: كونه.

هامش هذه المسألة:

من اللغز.

إن الأعمي إذا صال قتل ولا ضمان. الأعمى: الفحل[١] .

(١) الصحاح ٦/ ٢٤٣٩، مادة: «عمى»، وفيه: والأعميان: السيل، والجمل الهائج الصئول.

المسألة الثالثة والثلاثون بعد الثلثمائة: شلج[١].

قسمة الغنائم[٢] في دار الحرب.

المذهب: يجوز[٣].

عندهم: ف[٤].

الدليل من المنقول:

لنا:

قسم النبي عليه السلام غنائم بدر ببدر[٥]، وغنائم خيبر بخيبر[٦]،

---

(١) في ب وخاص أ: مج = ٤٣.

(٢) الغنائم: جمع غنيمة: وهي ما أوجف عليه بالخيل والركاب فأخذ عنوة، يقال: غنم القوم، الغنيمة يغنمونها غنمًا، والغنم عند العرب: ضد الغرم، والأصل في الغنم: الربح والفضل، وللغنيمة عند العرب أسماء شتى، منها: الخباسة، والهبالة، والغنامى، والجدافاة، يقال: اختبست خباسة واهتبلت هبالة، واغتنمت غنيمة، انظر: الزاهر ص ٢٨٠.

(٣) تخريج الفروع على الأصول ص ٣٥٧، والهداية مع البناية ٥/ ٦٩٦.

(٤) النتف في الفتاوى ٢/ ٧٢٥، والهداية مع البناية ٥/ ٦٩٦، ٧٠٥.

(٥) ببدر: ساقطة من ب، وبدر: ماء مشهور بين مكة والمدينة أسفل وادي الصفراء بينه وبين الجار، وهو ساحل البحر ليلة، وبه كانت الوقعة المشهورة التي أظهر الله بها الإسلام وفرق فيه بين الحق والباطل في رمضان سنة اثنتين للهجرة، كما في معجم البلدان لياقوت الحموي: ١/ ٣٥٧-٣٥٨.

(٦) خيبر: ناحية على ثمانية برد من المدينة لمن يريد الشام، يطلق هذا الاسم على الولاية وتشتمل على سبعة حصون ومزارع ونخل كثير، فتحها النبي ﷺ كلها في سنة سبع للهجرة وقيل: سنة ثمان، غزاها النبي ﷺ حين مضى ست سنين وثلاثة أشهر وواحد وعشرون يومًا للهجرة وفتحها عنوة ثم عاملهم على مزارعها على الشطر من التمر والحب، ولما كانت خلافة عمر ظهر فيهم الزنى وتعبثوا بالمسلمين فأجلاهم إلى الشام، وقسم خيبر بين من كان له فيها سهم من المسلمين وجعل لأمهات المؤمنين نصيبًا. انظر: معجم البلدان ٢/ ٤٠٩-٤١٠.

وغنائم أوطاس[١] بأوطاس، وبني المصطلق ببني المصطلق[٢]، وقال تعالى[٣]: ﴿واعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم[٤] مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ[٥] لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُول﴾[٦]، وكوننا غانمين لا نقف[٧] على حصولها في دارنا، فمطلق الآية يوجب الخمس لله والباقي لأوليائه[٨].

لهم:

قسم النبي عليه السلام غنائم بدر بالمدينة وغنائم حنين[٩] بالجعرانة[١٠] من رستاق[١١] مكة، ولو جاز أن تقسم[١٢] في الحرب ما كلف[١٣] النقل.

---

(١) أوطاس: يجوز أن يكون منقولاً من جمع وطيس وهو التنور نحو يمين وأيمان، وهو واد في ديار هوازن فيه كانت وقعة حنين للنبي ﷺ ببني هوازن ويومها قال النبي ﷺ: «حمي الوطيس» وذلك حين استعرت الحرب. معجم البلدان ١/ ٢٨١.

(٢) البيهقي في سننه في السير: باب قسمة الغنيمة في دار الحرب ٩/ ٥٤.

(٣) في ب: تعلموا.

(٤) في ب: غنمتم.

(٥) في أ: قال.

(٦) سورة الأنفال، آية: ٤١، وللرسول: ليست في أ.

(٧) في ب: يقف علي حصولنا.

(٨) في ب: لا ربا.

(٩) في ب: خيبر.

(١٠) الجعرانة: ماء بين الطائف ومكة، وهي إلى مكة أقرب، نزلها النبي ﷺ لما قسم غنائم هوازن مرجعه من غزاة حنين وأحرم منها ﷺ، وله فيها مسجد، وبها بئار متقاربة. معجم البلدان ٢/ ١٤٢.

(١١) الرستاق: فارسي معرب، ألحقوه بقرطاس، والجمع: الرساتيق وهو السواد، كما في الصحاح ٤/ ١٤٨١، مادة: «رستق».

(١٢) في ب: يقسم.

(١٣) في ب: تكلف.

الدليل من المعقول:

لنا:

وجد سبب الملك فثبت الملك، هذا لأن القسمة ليست إلا تعيين[1] الأنصباء وإقرارها، والاستيلاء هو سبب الملك، وقد وجد بدليل المباحات والدار للمسلمين إن نووا الإقامة.

لهم:

لم يتم الاستيلاء، فلا يثبت المال كما قبل انقضاء الوقعة، ذلك لأن اليد ثابتة عليها من وجه دون وجه لكونها في دارهم، ثم الجهاد سبب الاستحقاق[2]، وذلك إنما يكون بقلع شوكتهم أو بالأمن منها، وذلك بالإحراز.

مالك[3]:

أحمد[4]:

التكملة:

الاستيلاء سبب[5] الملك، والمباح المنفك عن اختصاص ذي حرمة هو محله، والمسلم أهل[6]، ثم السراق يملكون أموال[7] دار الحرب وهم بها

---

(١) في ب: تعيين الانصبا.
(٢) في أ: الاستحقاق غير واضحة.
(٣) القوانين الفقهية ص ١٠٠، وفيه: يميز الأمير الجيش فيقسم عليهم أربعة أخماس الغنيمة في دار الحرب.
(٤) هداية أبي الخطاب ١/ ١١٧، وفيه: فأما المنقول فالإمام مخير بين قسمته في دار الحرب بعد تقضي الحرب وبين تأخير القسمة إلى دار الإسلام، والمغني ٨/ ٤٢١.
(٥) في أ: بيت المال.
(٦) في ب: من أهل.
(٧) أموال: ساقطة من ب.

والأماكن لا أثر لها في التمليك بدليل أنه لو فر عبد من عبيدهم إلى معسكر المسلمين عتق[١] ، وإن كنا في دارهم وهي دار تصح[٢] فيها القسمة فجازت، ذلك لأن للإمام[٣] قسمتها، ومعسكر الإمام دار من دور الإسلام، بدليل العبد إذا هرب إلينا، فإن ألزمونا جواز أخذ العلوفة ألزمناهم المنع من ذلك[٤]، ولعل العذر الحاجة إلى العلوفة[٥] .

* * *

(١) في ب : يعتق .

(٢) في ب : يصح .

(٣) في ب : لأن الإمام قسمها .

(٤) في ب : عن أخذ غير ذلك .

(٥) العلوفة : ما يعلفون كما في لسان العرب ٢/ ٨٦١، مادة : «علف»، وانظر المسألة في البناية والهداية ٥/ ٧٠٦ .

هوامش هذه المسألة :

الغنيمة : ما أخذ عنوة، والفيء : صلحًا[١] ، وقيل : هما سواء[٢] .

(١) أنيس الفقهاء ص ١٨٣ .

(٢) تهذيب الأسماء واللغات القسم الثاني ص ٦٤ .

المسألة الرابعة والثلاثون بعد الثلثمائة: شلد[١].

إذا استولى الكفار على أموال المسلمين وأحرزوها بدار الحرب.

المذهب: لا يملكونها[٢].

عندهم: ف[٣].

الدليل من المنقول:

لنا:

روي أن المشركين أغاروا على سرح المدينة وفيها ناقة النبي العضباء[٤]، وأسروا جارية من الأنصار، ثم إنها هربت على الناقة ونذرت إن نجتها لتنحرنها[٥]، فلما عادت إلى المدينة وعرف النبي عليه السلام ذلك قال: «**بئس ما جزيتها**»، واسترجعها[٦].

لهم:

قوله تعالى: ﴿**لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ**﴾[٧]، وجه الدليل: أنه سماهم فقراء[٨]، وروي أن الكفار أخذوا

(١) في ب وخاص أ: مد = ٤٤.
(٢) في أ: يملكوها. انظر: تخريج الفروع على الأصول ١٠٠، والتنبيه ص ٢٣٥، والهداية مع البناية ٥/ ٧٥٣، وروضة الطالبين ١٠/ ٢٩٣.
(٣) المختار مع الاختيار ٤/ ١٣٣، والهداية مع البناية ٥/ ٧٥٣.
(٤) في ب: العصبا.
(٥) في ب: تحبها لتنحرنها، وفي أ: نجتها لتبحرنها.
(٦) مسلم في صحيحه في النذر: باب لا وفاء لنذر في معصية الله ٣/ ١٢٦٢-١٢٦٣، وأبو داود في سننه في الأيمان والنذور ٣/ ٦٠٩-٦١٢، ومسلم كما في تلخيص الحبير ٤/ ، ١٢٠، وانظر: البناية ٥/ ٧٥٤، فقد أورد هذا.
(٧) سورة الحشر، آية: ٨.
(٨) البناية ٥/ ٧٥٤.

بعيرًا من المسلمين فلما ظهر عليه مالكه قال له النبي ﷺ: «**أنت أحق به**»[١]، وقال عليه السلام: «**هل ترك لنا عقيل**[٢] **من ربع**»[٣].

الدليل من المعقول:

لنا:

محل معصوم بالإسلام، فلا يملك بالاستيلاء[٤] كالرقاب، وكما لو كان المستولي مسلمًا ونقله إلى دار الحرب، ذلك لأنه مال مملوك، والاستيلاء تملك[٥] المباح، والسبب يعمل إذا صادف محله، والكفار مخاطبون

(١) الدارقطني في سننه ٤/ ١١٤ ـ ١١٥، بنحوه، والبيهقي في سننه ٩/ ١١١، بنحوه وقال: هذا الحديث يعرف بالحسن بن عمارة عن عبد الملك بن ميسرة، والحسن بن عمارة متروك لا يحتج به، ورواه أيضًا مسلمة بن علي الخشني عن عبد الملك ولا يصح شيء من ذلك.

(٢) هو عقيل بن عبد مناف (أبي طالب) بن عبد المطلب الهاشمي القرشي، وكنيته أبو يزيد، أعلم قريش بأيامها ومآثرها ومفاخرها ومثالبها وأنسابها، صحابي فصيح اللسان، شديد الجواب، وهو أخو علي وجعفر لأبيهما، وكان أسن منهما، برز اسمه في الجاهلية، وكان في قريش أربعة يتحاكم الناس إليهم في المنافرات: عقيل، ومخرمة، وحويطب، وأبو جهم، وبقي عقيل على الشرك إلى أن كانت وقعة بدر، فأخرجته قريش للقتال كرهًا، فشهدها معهم، وأسره المسلمون، ففداه العباس بن عبد المطلب فرجع إلى مكة، ثم أسلم بعد الحديبية وهاجر إلى المدينة سنة ٨ هـ، وشهد غزوة مؤتة، ولم يسمع له خبر في فتح مكة ولا الطائف، وثبت يوم حنين، وتوفي عام ٦٠ هـ.

(الأعلام للزركلي ٤/ ٢٤٢، والإصابة ٢/ ٤٩٤، والبيان والتبيين ١/ ٣٢٢، ٢/ ٣٢٤ـ٣٢٧).

(٣) البخاري في صحيحه في الحج: باب توريث دور مكة وبيعها وشرائها ٢/ ١٥٧، ومسلم في صحيحه في الحج: باب النزول بمكة للحاج وتوريث دورها ٢/ ٩٨٤.

(٤) في ب: الاستلاء.

(٥) في ب: يملك.

بالمنهيات، ولهذا يقطع سارقهم، ويحد[١] زانيهم.

لهم:

سبب يملك به المسلم مال الكافر فملك به[٢] الكافر مال المسلم كالبيع، لأن المسلم والكافر سواء في أحكام الدنيا ونصيب الكافر أتم، ولو منع مانع كان الخطاب والكفار لا يخاطبون بالفروع، فهو سبب صدر من أهله في محله، ذلك لأن المال محل الملك وله خلق، وعصمته خلاف الأصل تثبت[٣] بخطاب[٤] المخاطبين.

مالك: ف[٥].

أحمد: ف[٦].

التكملة:

نصب[٧] الاستيلاء سبب[٨] للملك لا يعرف إلا من نص أو قياس على منصوص ولا نص في المسألة، والأصل المجمع عليه[٩] الاستيلاء على مال مباح منفك عن اختصاص ذي حرمة كالحشيش والصيد ومال الكفار، وليس مال المسلم في معنى ذلك بدليل أنه لا يملكه مسلم آخر بالاستيلاء،

---

(١) في ب: ويجلد.

(٢) في ب: بها.

(٣) في أ: ثبت، وفي ب: ثبتت.

(٤) في ب: بخلاف.

(٥) بداية المجتهد مع الهداية ٦/ ٨٥، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٦٤.

(٦) المغني ٨/ ٣٠.

(٧) في ب: بقيت.

(٨) في ب: سببا.

(٩) عليه: ساقطة من ب.

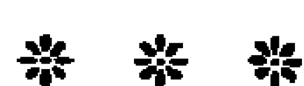
ويلزمهم أن الرقاب لا تملك بالاستيلاء، والآية[١] لا حجة فيها فإنه يقال: غصب فلان مال فلان فأفقره، وإنما المراد به زوال اليد، ولهذا يكون فقيراً ويستحق سهم الفقراء إذا انقطع عن ماله.

وقوله: «**هل ترك لنا عقيل من ربع**» أي أخر[٢] به، ونقول: هل الاستيلاء سبب يثبت الملك أم ناقل؟ فآخر[٣] القسمين ممنوع، والمحل لا يقبل الأول، فإنه مملوك للمسلمين إجماعًا، وإثبات الملك في مملوك ممتنع ضرورة أن المثلين لا يجتمعان، فإن ألزمونا استيلاء المسلم[٤] على مال الكفار منعنا ملك الكافر، لأن الملك اختصاص شرعي ولا اختصاص إلا بقطع رحمة الغير وهي غير منقطعة إجماعًا، ونمنع[٥] على هذا صحة مبايعة الكفار بل هو احتيال[٦] في أخذ أموالهم، وذلك جائز.



---

(١) في ب: الآبة.
(٢) في ب: أخرجه ويقول.
(٣) في ب: فاخرّ.
(٤) في ب: المسلمين.
(٥) في ب: ويمنع.
(٦) في ب: اختيار.



المسألة الخامسة والثلاثون بعد الثلثمائة: شله[1] .

من أسلم ولم يهاجر إلينا .

المذهب: تضمن[2] نفسه وماله قصاصًا ودية وكفارة[3] .

عندهم: خالف إلا في الكفارة[4] .

الدليل من المنقول:

لنا:

العمومات الواردة في وجوب القصاص والدية بقتل المسلم وأخذ ماله كقوله: ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾[5] ، وقول النبي عليه السلام: «**على اليد ما أخذت حتى ترد**»[6] ، ويدل على العصمة قوله عليه السلام: «**فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم**»[7] .

لهم:

قال تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[8] ، وقال: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ﴾[8] أراد الذمي، وقال: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[8] أراد من أسلم في دار

---

(١) في ب وخاص أ: مه = ٤٥ .

(٢) في ب: يضمن .

(٣) تخريج الفروع على الأصول ص ٢٧٨ .

(٤) بدائع الصنائع ٧/ ١٣٢ .

(٥) سورة المائدة، آية: ٤٥، وهي بياض في ب .

(٦) تقدم تخريجه في المسألة ٣٢٨ .

(٧) البخاري في صحيحه في الزكاة: باب وجوب الزكاة ٢/ ١١٠، وفي استتابة المرتدين: باب من أبى قبول الفرائض وما نسبوا إلى الردة ٨/ ٥٠ .

(٨) سورة النساء، آية: ٩٢ .

الحرب فأوجب الكفارة، فلو أوجبنا الدية بطل التقسيم وعاد الثلاثة الأقسام[١] إلى قسمين.

الدليل من المعقول:

لنا:

العصمة كرامة، والإسلام يناسب جلب[٢] الكرامات، والشيء يفهم[٣] من ضده، فكما فهم أن الكفر مبيح فهم أن الإسلام عاصم، والإسلام شكر النعمة ويقتضي الزيادة منها، ولهذا المسلم المستأمن في دار الحرب مضمون.

لهم:

العصمة نعمة دنيوية، والإسلام أعظم من أن يؤتى[٤] في أمور الدنيا بل مقصده الآخرة، فكم من كافر موسع عليه، والدنيا جنة الكافر، وإنما العاصم الدار بدليل الذمي، وذلك[٥] لأن منفعة الدار صالحة للعصمة[٦] والعصمة هي التقوم، والتقوم بالعبرة[٧] والعبرة[٨] بالإحراز في الدار.

مالك: ق[٩].

---

(١) في ب: أقسام.
(٢) في ب: حلب.
(٣) في ب: بينهم.
(٤) في ب: يوثر.
(٥) في ب: ذلك.
(٦) في ب: العصمة.
(٧) في ب: بالعزة.
(٨) في ب: والعزة.
(٩) كتاب العقد المنظم للحكام لابن سلمون الكناني ٢/ ١٩١، مع تبصرة الحكام وأحكام القرآن لابن العربي ١/ ٤٧٦ ـ ٤٧٧.

أحمد: ق[١].

التكملة:

إن حملوا الخبر[٢] على العصمة المؤثمة، قلنا: هذه أسماء سميتموها أنتم وآباؤكم فتقسيم[٣] العصمة إلى مؤثمة ومقومة لا دليل عليها، فإنها في اللغة عبارة عن الحفظ، وفي الشرع عبارة عن معنى مقدر في المحل يقتضي حفظه والذب عنه بالتأثيم[٤] والتضمين، والعصمة على الحقيقة بالفطرة لكنها بطلت[٥] بالكفر وتعود بالإسلام، والإسلام يصلح أن يكون عاصمًا لا على معنى أنه جرد الأمور الدنيوية بل أنه سلمها مع الأمور الأخروية، فيجب أن يزجر عن إتلاف المسلم[٦] ويعاقب عليه بالقصاص والدية لتبقى نفسه وماله يستعين بهما على العبادة، فإذا[٧] جاز أن ينال بالجهاد الغنيمة[٨] في الدنيا والثواب في الآخرة لم لا يجوز بالإسلام؟ الجواب[٩] من الآية أن للشافعي في الدية قولين فنقول[١٠]: تجب الدية بقتل المسلم الذي لم يهاجر إلينا إذا قتل خطأ وتكون[١١] الآية ساكتة عن الدية، واستفدناها[١٢] من

(١) المغني لابن قدامة ٨/ ٤٢٨.
(٢) في ب وجـ: الحرّ.
(٣) في أ وب: فيقسم.
(٤) في ب: بالتأثم.
(٥) في ب: تصلب.
(٦) في ب وجـ: المسلمين.
(٧) في ب: وإذا.
(٨) في ب: وبالغنيمة.
(٩) في ب: والجواب في الآية.
(١٠) في ب وجـ: قول يجب.
(١١) في ب: ويكون.
(١٢) فاستنقذناها.

موضع آخر وهو قوله: «**في النفس المؤمنة مائة من الإبل**»، وإن قلنا: لا تجب فسقوطها[١] لا لكونه في دار الحرب بل لو وقع القتال في دار الإسلام ورمي إلى صف الكفار فأصاب مسلمًا[٢] كان كذلك والعذر فيه عدم التحرز من قتل المسلم إذا كان في جمع الكفار.

* * *

(١) في ب وجـ: لا يجب بسقوطها لا لكونه دار الحرب.
(٢) في ب وجـ: عسكرا.

* * *

اللوحة ٧٩ من المخطوطة أ :

الشرذمة(١) القليلة إذا توغلوا(٢) دار الحرب وقاتلوا فما كسبوا غنيمة تخمس(٣) خلافًا(٤) لهم، فنقول: الغنيمة هي المال المأخوذ من الكفار بالجهاد وهذا كذلك، ولا عبرة(٥) بكمية المجاهدين إذ ليس له حد، و﴿ **كَم مِّن فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً بِإِذْنِ اللَّهِ** ﴾(٦)، بذلك نطق الكتاب العزيز، ويتأيد بما لو دخلوا بإذن الإمام، واعلم أن سبي الزوجين أو أحدهما يوجب انفساخ(٧) النكاح خلافًا لهم(٨)، فنفرض(٩) في التزويج ونقول: أحد نوعي الملك فينقطع(١٠) بالاسترقاق كملك اليمين(١١) بل أولى، فإن ملك اليمين أقوى، وتقريره أن ملك اليمين لم ينقطع لمنافاة بين كون الشخص مالكًا ومملوكًا فإن الآدمي يشتمل على نفسية بها يستسخر ومالية بها يستسخر فالمالكية(١٢) تعتمد(١٣) جهة النفسية والمملوكية تعتمد(١٣)، . . . .

---

(١) الشرذمة: الطائفة من الناس، كما في الصحاح ٥/ ١٩٦٠، مادة: «شرذم».

(٢) توغل في الأرض: إذا سار فيها وأبعد كما في الصحاح ٥/ ١٨٤٤، مادة: «وغل».

(٣) في ب: بخمس، وانظر المسألة في روضة الطالبين ١٠/ ٢٦٠، وقال: هو الأصح الموافق لكلام الجمهور.

(٤) النتف في الفتاوى ٢/ ٧٢٣-٧٢٤، وقال: ولا خمس في ذلك حتى يكون عددهم تسعة فصاعدًا، والكتاب مع اللباب ٣/ ٢٦١.

(٥) في ب: غيره.

(٦) سورة البقرة، آية: ٢٤٩.

(٧) التنبيه ص ٢٣٣.

(٨) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٢٦٦، ونسبه لأبي حنيفة.

(٩) في ب: فيعرض في الزوج.

(١٠) في ب: فيقطع.

(١١) في أ: الذين.

(١٢) في ب: ظالمًا لكنه.

(١٣) في ب: يعتمد.

جهة المالية، ولا[1] يستحيل أن يكون المسبي[2] مملوكًا مالكًا، لكن الشرع كما علم ما يلزم ذلك من التناقض في ثمرات الأحكام، فإن مقتضى الرق الحجر، ومقتضى الحرية الإطلاق، والجمع بين هاتين الثمرتين متعذر، فلابد[3] من دفع إحداهما[4] فدفعنا مالكيته، وذلك أقل الضررين لكونه غير معصوم، وكذلك[5] النكاح، بقي أن يقال: النكاح (مشروع)[6] ففي حق العبد إجماعًا، (وملك)[6] اليمين غير مشروع، والجواب: المنع، ونقول: العبد يملك المال بتمليك السيد كما يملك[7] النكاح ولا يلتزم بينهما فرقًا، ومعتمدهم أن النكاح ينعقد مطلقًا، والسبي الطارئ لا يرد على ذات العقد بالفسخ، ولا على حكمه بالقطع كالطلاق، ولا على شرطه بالتفويت كالرضاع؛ لأنه ليس من شرط النكاح انتفاء الرق، فكان السبي أجنبيًا عن النكاح ، فإن محله الذات بصفة كونها مالاً، ومحل النكاح الذات بصفة كونها إنسانًا. الجواب أنا نبطل[8] النكاح من الوجه الذي ذكروه، وإنما يبطله لمنافاة[9] الحكمين كما قررنا ولذلك يصح النكاح الطارئ لأن المالك[10] رضي بما يلزمه.

---

(١) في ب: فلا.
(٢) في أ: السبي.
(٣) في ب: «فلابد من» مكررة.
(٤) في ب: أحد هما.
(٥) في ب: في النكاح.
(٦) ما بين القوسين غير واضح في أ.
(٧) في ب: ملك.
(٨) في ب: أنا لا نبطل.
(٩) في ب: لمنافات الحكيمين.
(١٠) في ب: قد رضي.

واعلم أن الخيل والضب[١] ، والضبع والثعلب حلال[٢] خلافًا لهم[٣] ، والدليل على إباحة الضب والضبع أخبار وردت فيهما[٤] ، وقد أكل خالد الضب على مائدة النبي عليه السلام[٥] ، وهو مما تستطيبه العرب ، فما يندرج تحت مطلق قوله تعالى : ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾[٦] ، والأصل في هذا الباب العرب ، فإن تتبع غيرهم يصعب ، ومأخذ المذهب تأصيل[٧] الإباحة إلى ورود التحريم ، وعندهم بأصل التحريم إلى قيام دليل المبيح ، وحجتنا قوله تعالى : ﴿قُل لاَّ أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلاَّ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ﴾[٨] ، ثم التحق بذلك ذو

---

(١) في أ : والظب .
(٢) التنبيه ص ٨٣ .
(٣) الاختيار لتعليل المختار ٤/ ١٣ - ١٥ ، واللباب شرح الكتاب ٣/ ١١٢ .
(٤) منها : ما روى عبد الله بن دينار قال : سمعت ابن عمر رضي الله عنهما يقول : قال النبي ﷺ : «الضب لست آكله ولا أحرمه» . البخاري في الصيد والذبائح : باب الضب ٥/ ٢٣١ ، ومنها : ما روى عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي عمار قال : قلت : لجابر : الضبع ، أصيد هي؟ قال : نعم ، رواه الخمسة ، وصححه الترمذي كما في المنتقى من أخبار المصطفى ٢/ ٨٦٦ - ٨٦٧ ، أما الثعلب فقال في المغني ٨/ ٥٨٨ : واختلفت الرواية في الثعلب فأكثر الروايات عن أحمد تحريمه وهذا قول أبي هريرة ومالك وأبي حنيفة ؛ لأنه سبع فيدخل في عموم النهي ، ونقل عن أحمد إباحته ، اختاره الشريف أبو جعفر ورخص فيه عطاء وطاوس وقتادة والليث وسفيان بن عيينة والشافعي ؛ لأنه يفدى في الإحرام والحرم ، وقال أحمد وعطاء : كل ما يؤذي إذا أصابه المحرم فإنه يؤكل .
(٥) في ب : ﷺ .
(٦) سورة الأعراف ، آية : ١٥٧ ، وفي أ ، ب : «وحرم عليكم الخبائث» ، وهو خطأ .
(٧) في ب : بأصل .
(٨) سورة الأنعام ، آية : ١٤٥ .

الناب والمخلب العادي، وحجتهم أن الذبح إيذاء[١] والأصل تحريمه، ونعتذر[٢] عن تحريم الهر بأن ذلك مما انعقد به الإجماع ولعل العلة حرمة الطواف.

* * *

(١) في ب: ابدا فالأصل.

(٢) في ب: ويتعذر.

* * *

تم الجزء الأول ويليه الجزء الثاني

